

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Ministerie van Financiën
EF2 2009 / 658
Ontv. 16-9
Uiterl. afdoening
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code <i>Verdragsbeleid</i>
Paraaf voor archiveren

MV//0325

Amsterdam, 15 september 2009

Betreft: Consultatie voor nieuwe notitie fiscaal verdragsbeleid 2010

EF2 09 / 622

Geachte directie,

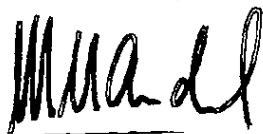
Ik verwijs naar uw brief van 31 augustus 2009 waarin u belanghebbenden uitnodigt om vóór 1 oktober a.s. punten onder uw aandacht te brengen ten behoeve van een herziening van het Nederlandse fiscaal verdragsbeleid. Ik vraag graag uw aandacht voor het volgende.

De Vereniging voor Belastingwetenschap besprak op 6 oktober 2008 het proefschrift Internationale fiscale gegevensuitwisseling en de rechtsbescherming van de belastingplichtige van mevrouw mr.dr. A.C.M. Schenk-Geers.

Als debater bracht ik de stelling op dat door Nederland uit het buitenland ontvangen fiscale informatie onverwijld dient te worden uitgewisseld met de belastingplichtige waarop de uitgewisselde informatie betrekking heeft. Ik acht een actieve mededelingsplicht door het ministerie van Financiën van de ontvangst van fiscale informatie uit het buitenland noodzaak in het kader van de rechtsbescherming van die belastingplichtige. Ik verwijs u naar Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 236, pagina 29.

Ik maak van de gelegenheid gebruik om u er op te wijzen dat Mr. L.E.C. Neve in zijn artikel Belastingparadijs en uitwisseling van fiscale informatie: de OESO-standaard, Weekblad Fiscaal Recht 3 september 2009, in zijn Conclusie mijn stelling lijkt te hebben overgenomen. Ik stuur Mr. Neve een kopie van deze brief.

Hoogachtend,
Ernst & Young Belastingadviseurs LLP



Kopie aan: 1

Ministerie van Financiën
t.a.v. Zijne Excellentie de heer mr. drs. J.C. de Jager
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Rotterdam, 1 oktober 2009

Betreft: **Reactie op 'Consultatie Fiscaal verdragsbeleid'**

Geachte heer De Jager,

Door middel van dit schrijven reageren wij op de 'Consultatie Fiscaal verdragsbeleid', zoals dat door u is gepubliceerd op 31 augustus 2009. Wij spreken op deze plaats al onze waardering uit voor de mogelijkheid die belangstellenden wordt geboden om te reageren op het internationale fiscale beleid dat door Nederland wordt gevolgd.

Gelet op de vele internationale cliënten menen wij een goed beeld te hebben van de gevolgen van het beleid zoals dat in het verleden is gevolgd en de wensen die leven bij belastingplichtigen. Wij zullen in deze brief ingegaan op de aspecten van het beleid die samenhangen met het internationale bedrijfsleven in de winstfeer, evenals in de loonsfeer. Ons algemene beeld is dat de belangen van het (inter) nationale bedrijfsleven door de gesloten belastingverdragen goed worden gediend, maar dat op onderdelen verbetering mogelijk is.

1 Samenvatting

Algemene opmerkingen:

1. Regelmatig inzicht geven in het fiscale internationale beleid dat Nederland voert en welke overwegingen daaraan ten grondslag liggen;
2. Reeds gedurende de verdragsonderhandelingsfase openbaarheid geven over de belangrijkste kenmerken van het verdrag;
3. Bespoedigen goedkeuring van reeds ondertekende, doch niet in werking getreden belastingverdragen ter voorkoming van onzekerheid en vertraging;
4. Nadruk op het opbouwen van een verdragennetwerk met de Afrikaanse landen (zoals Angola, Congo, Uganda en Sudan) naast de focus op landen uit het Midden-Oosten;
5. Het sluiten van een TIEA zou een goed uitgangspunt kunnen zijn voor het starten van de verdragsonderhandelingen met dat land. Tevens een goed moment om bepaalde voordelen toe te kennen aan in die landen gevestigde belastingplichtigen - met name het verlenen van een vrijstelling door Nederland van winst behaald met een vaste inrichting.

Specifieke opmerkingen:

6. Woonplaats en verdragsgerechtigdheid - Ongewenste ontwikkeling dat tie-breaker bepaling niet langer aansluit bij plaats van feitelijke leiding maar een onderling overleg procedure vereist.
7. Hybride entiteiten - Verduidelijking van verschillen tussen de door Nederland eenzijdige tegemoetkoming - het Besluit van 19 maart 1997, IFZ97/204 - in vergelijking met de verschillende in de tot op heden in verdragen tot stand gekomen regelingen;
8. LOB bepalingen - Overwegen LOB bepalingen in verdragen eenzijdig niet toe te passen en opnemen van een meestbegunstigingsclausule die uitsluitend geldt voor de LOB bepaling;
9. Bronheffingen - Nederland zou moeten vasthouden aan het uitgangspunt dat belastingheffing over dividend, rente en royalty's uitsluitend in de woonplaats dient te geschieden;
10. Ingeval van verrekening van bronheffing zouden wij willen pleiten voor een gelijke methodiek als bij de vrijstellingsmethode in het BvdB 2001;
11. Most-Favoured Nation bepaling - Overwegen om standaard een 'Most-Favoured Nation' bepaling om te nemen in verdragsonderhandelingen teneinde een gelijke of betere positie te bereiken dan andere landen waarmee het desbetreffende land een verdrag mee heeft gesloten of gaat sluiten;
12. Misbruikbepaling in verdragen - Ongewenste ontwikkeling om naast nationale anti-misbruikbepalingen tevens anti-misbruikbepalingen op te nemen in verdragen aangezien dit zorgt voor onzekerheid bij belastingplichtigen;
13. Vervreemdingswinsten - Het standaard verdragsbeleid zou moeten zijn dat het heffingsrecht op vervreemdingsvoordelen van aandelen toekomt aan het woonland.
14. Transfer Pricing - Statische of dynamische interpretatie - Verduidelijking is gewenst of en in hoeverre de (op handen zijnde) aanpassingen van art. 7 en art. 25 van het OESO-modelverdrag doorwerken naar de verdragen;
15. Transfer Pricing Arbitrage - Verduidelijking is gewenst hoe wordt omgegaan met situaties waarin de arbitragebepaling als bedoeld in art. 25, derde lid, OESO-modelverdrag voor belastingplichtigen wordt onthouden en waarbij in het voorgestelde commentaar op art. 7 OESO-modelverdrag wordt bepaald dat de woonstaat is verplicht om de verrekenprijsmethodiek van de bronstaat over te nemen;
16. Materieel werkgeverschap - Wij pleiten ervoor dat het internationale fiscale beleid van het Ministerie van Financiën eruit gaat bestaan dat pas na 60 dagen belastingplicht zou ontstaan indien voor een Nederlandse materiële werkgever wordt gewerkt;
17. Vanuit de praktijk bestaat de wens om terzake van (persoonlijke) aftrekposten een eenduidig beleid te voeren en onderscheid tussen landen zoveel mogelijk te beperken;
18. Grensarbeiders - De regeling voor fiscale aftrekposten uit het verdrag Nederland - België als uitgangspunt nemen voor andere landen;
19. Kwalificatie stamrechtuitkering - Verduidelijking gewenst over het heffingsmoment en de kwalificatie van stamrechten;
20. Meer duidelijkheid over de verdragskwalificatie van uitkeringen uit de levensloopregeling direct voorafgaande aan pensionering is gewenst;
21. Pseudo-eindheffing - Vervalt het heffingsrecht van Nederland indien op grond van het belastingverdrag het loonbestanddeel waar de pseudo-eindheffing op ziet wordt toegewezen aan het andere land (dus niet Nederland).
22. Pensioen - Beter definitie gewenst van het begrip pensioen en duidelijkheid voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid in 'samenloopsituaties' van particulier pensioen (art. 1B OESO-modelverdrag) en overheidspensioen (art. 19 OESO-modelverdrag).
23. Lucratief belang - Meer duidelijkheid over de verdragskwalificatie en allocatie van voordelen uit lucratieve belangen is gewenst.

2 Algemene opmerkingen

2.1 Transparantie beleid

Wij menen dat het Ministerie van Financiën er goed aan doet om van tijd tot tijd inzicht te geven in het fiscale internationale beleid dat Nederland voert en welke overwegingen daaraan ten grondslag liggen. Bovendien achten wij het van belang dat belastingplichtigen en adviseurs die de belangen van de belastingplichtigen in het oog houden op de hoogte zijn en blijven van de internationale fiscale ontwikkelingen. Door middel van het opstellen van een nieuwe Notitie van de uitgangspunten van het internationale verdragsbeleid wordt derhalve niet alleen de Tweede Kamer der Staten-Generaal hierover geïnformeerd, doch krijgen ook voornoemde partijen beter inzicht in de internationale fiscale ontwikkelingen en het beleid dat het Ministerie van Financiën voert. Belastingplichtigen krijgen hierdoor de mogelijkheid om op het beleid en de ontwikkelingen te anticiperen bij de te nemen (investerings)beslissingen.

Het Ministerie van Financiën zou haar informatievoorziening naar onze mening nog kunnen verbeteren door belanghebbenden structureel te informeren over op handen zijnde verdragsonderhandelingen en het ratificatieproces van ondertekende belastingverdragen of (aanvullende) protocollen. Zo zou kunnen worden overwogen om - indien het verdragsland daarmee akkoord is - reeds gedurende de verdragsonderhandelingsfase openbaarheid te geven over de belangrijkste kenmerken van het verdrag. Meerdere landen passen dit al toe zoals Mexico.

Daarnaast ontbreekt vaak het overzicht van de stand van zaken met betrekking tot ondertekende, doch niet in werking getreden belastingverdragen. Tevens zijn er thans verscheiden belastingverdragen die al enige tijd zijn ondertekend, maar nog niet ter goedkeuring naar de Staten-Generaal zijn gestuurd. Wij willen bij wijze van voorbeeld wijzen op het getekende belastingverdrag met De Verenigde Arabische Emiraten en het Verenigd Koninkrijk. De onzekerheid en de vertraging die hierdoor ontstaan, brengt een verslechterde positie voor de in Nederland gevestigde belastingplichtigen met zich. Het zou wenselijk zijn als het Ministerie van Financiën hier meer openheid en duidelijkheid zou kunnen verschaffen.

2.2 Overwegingen (her)onderhandelingen potentiële verdragslanden

In de Nota naar aanleiding van verslag bij de parlementaire behandeling van het verdrag met Bahrein is aangegeven dat het onderhandelingsprogramma wordt vastgesteld aan de hand van economische en politieke belangen. De afgelopen jaren is de nadruk gelegd op het opbouwen van een verdragennetwerk met de landen uit het Midden-Oosten. Wij willen daar op deze plaats onze waardering voor uitspreken, aangezien de economische banden tussen Nederland en voornoemde landen kunnen worden versterkt. Wij zien vanuit de praktijk de wederzijdse belangstelling vanuit en naar deze landen in Nederland groeien.

Thans zouden wij in overweging willen geven dat Nederland zou kunnen overwegen om verdragsonderhandelingen te starten met Afrikaanse landen die veel natuurlijke rijkdommen kennen, zoals Angola, Congo, Uganda en Sudan. Hierdoor kunnen de investeringen in en vanuit Nederland worden versterkt.

2.3 TIEA's en (verdrags)voordelen

Nederland heeft recentelijk verscheidene Tax Information Exchange Agreements gesloten met landen waarmee geen belastingverdrag is gesloten. Landen waarmee Nederland dergelijke verdragen sluit kunnen hierdoor van de grijze of zwarte lijst afkomen door ten minste 12 van dergelijke TIEA's overeen te komen. Het sluiten van een TIEA zou een goed uitgangspunt kunnen zijn voor het starten van de verdragsonderhandelingen met dat land. Bovendien zou een dergelijke TIEA een goed moment kunnen zijn om bepaalde voordelen toe te kennen aan in die landen gevestigde belastingplichtigen. Wij denken in het bijzonder aan het verlenen van een vrijstelling door Nederland van winst behaald met een vaste inrichting in dat andere land. Thans bestaat er namelijk een inconsistentie in de Nederlandse wetgeving tussen buitenlandse actieve werkzaamheden die via een lokale vennootschap worden verricht (onbelast op basis van de deelnemingsvrijstelling) en buitenlandse actieve werkzaamheden die via een vaste inrichting worden verricht (geen vrijstelling onder het BvdB 2001 indien de buitenlandse vaste inrichting niet is onderworpen aan een lokale winstbelasting). De voorwaarde van onderworpenheid die in het BvdB 2001 wordt gesteld, verhindert dat nieuwe bedrijvigheid in Nederland activiteiten wordt ontplooid.

3 Belastingheffing over de winst en bronheffingen

3.1 Woonplaats en verdragsgerechtigdheid

Recentelijk is in de gesloten verdragen met Mexico en het Verenigd Koninkrijk een afwijkend woonplaatsartikel opgenomen, waardoor meer onzekerheid gaat ontstaan voor belastingplichtigen ten aanzien van de verkrijging van de verdragsvoordelen. In deze verdragen kan in gevallen waarin een persoon (niet zijnde een natuurlijk persoon) wordt geacht in beide verdragssluitende staten inwoner te zijn slechts door middel van onderling overleg worden gekomen tot een verdragswoonplaats voor lichamen. Nederland maakt hier gebruik van een optie die het 200B OESO-Modelverdrag biedt in afwijking van de hoofdregel die er kort gezegd op neerkomt dat een dual-resident geen verdragsbescherming heeft indien de verdragssluitende staten niet tot overeenstemming komen. Graag vernemen wij wat de achterliggende gedachte is om af te wijken van de hoofdregel.

Ons lijkt dit namelijk een ongewenste ontwikkeling, want dergelijke 'dual residents' wordt onthouden om gebruik te maken van de voordelen die een belastingverdrag inwoners van een van beide staten beidt. Naar onze mening dient een inwoner van één van de twee verdragssluitende staten, altijd onder meer toegang te krijgen tot de belastingvoordelen die een verdrag biedt. Deze keuze vergroot potentieel de onzekerheid voor belastingplichtigen, nu het gebruikelijke criterium voor het beslechten van geschillen omtrent de vestigingsplaats van personen (niet zijnde natuurlijke personen) - de plaats van feitelijke leiding - wordt verlaten. Waar voorheen de belastingplichtige, niet natuurlijke persoon een zekere invloed kon uitoefenen op de plaats waar zij feitelijk werd geleid, wordt bij deze invulling van de tie-breaker bepaling haar lot op het belangrijke onderdeel van de vestigingsplaats voor de toepassing van het verdrag volledig in handen gelegd van de betrokken verdragssluitende staten. Bovendien bestaat de kans dat andere landen die onderhandelen met Nederland een dergelijke bepaling in het verdrag willen opnemen.

Met de toepassing van een dergelijke bepaling bestaat tot op heden geen noemenswaardige praktijkervaring en het laat zich aanzien dat zeker binnen de Europese Unie dit wellicht tot langdurige en ongewenste onzekerheid kan leiden. Het is onduidelijk binnen welk tijdsbestek

een dergelijke procedure zal worden afgerond en of de bepaling ook de mogelijkheid biedt tot vooroverleg. Gevreesd moet worden dat wanneer bij het afwikkelen van aanslagen een dergelijk conflict zich voordoet dit voor vele jaren onzekerheid creëert, met name daar waar over de voorgaande jaren een beroep op het verdrag is gedaan en waar die verdragstoepassing vervolgens weer op losse schroeven kan komen te staan.

Een dergelijk conflict heeft dan tevens gevolgen voor de commerciële winstbepaling nu mogelijk op grond van het toepasselijke jaarrekeningenrecht een voorziening moet worden gevormd voor de situatie dat geen overeenstemming wordt bereikt en over het verleden geen verdragstoepassing bestaat. Nu het lot daarover aan de verdragsluitende staten in handen is gegeven, ligt het niet voor de hand dat bij bijvoorbeeld de toepassing van FIN 48 een niveau van comfort kan worden bereikt die niet tot het treffen van een belastingvoorziening voor commerciële noopt.

Een andere vraag is hoe een situatie waar geen onderlinge overeenstemming wordt bereikt, zich verhoudt tot het 'Drielandenarrest' (BNB 2001/295). Daaruit blijkt dat indien een naar Nederlands recht opgericht lichaam onder toepassing van de tie-breakerbepaling van een verdrag met een ander land zijn vestigingsplaats heeft in dat andere land, is het desbetreffende lichaam voor de toepassing van verdragen met derde landen geen inwoner van Nederland.

3.2 *Hybride entiteiten*

Nederland komt op verschillende manieren de gevolgen van asymmetrische kwalificaties tegemoet, waarbij de principale keuze is gemaakt om niet met de US vergelijkbare 'check the box' regels in te voeren. Bij het accommoderen van hybride entiteiten, kunnen 4 factoren worden onderscheiden: (i) de plaats waar de hybride entiteit is gevestigd (of eventueel het land naar welk recht de hybride entiteit is opgericht), (ii) de kwalificatie van de hybride entiteit, (iii) de kwalificatie van de voordelen die via de hybride entiteit worden genoten en (iv) de timing van de realisatie van het voordeel.

Wanneer de door Nederland eenzijdige tegemoetkoming - het Besluit van 19 maart 1997, IFZ97/204 ("het Besluit") - wordt vergeleken met de verschillende in de tot op heden in verdragen tot stand gekomen regelingen, vallen enkele verschillen op. Zo werkt het Besluit alleen voor hybride entiteiten die zijn gevestigd in staten waarmee een verdrag is gesloten (zie tevens Besluit van 16 november 2004, IFZ2004/828M) maar art. 22, derde lid in het nieuwe Verdrag Verenigd Koninkrijk-Nederland en art. 24, vierde lid, Verdrag Nederland - Verenigde Staten, ongeacht de plaats waar de hybride entiteit is gevestigd. Waar een hybride entiteit die is gevestigd in een verdragsstaat waarmee geen verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is gesloten, deelnemers kent die in bijvoorbeeld de Verenigd Koninkrijk of Verenigde Staten zijn gevestigd - en daarmee een beroep kunnen doen op de bepaling - en deelnemers die elders zijn gevestigd kunnen de laatste geen beroep doen op het Besluit. Een dergelijke situatie roept lastige verdelingsvraagstukken op onder het recht dat de hybride entiteit beheerst nu van geval tot geval (afhankelijk waar de deelnemer is gevestigd) een verschillende juridische uitwerking nodig lijkt.

Een vraag die het besluit van 16 november 2004 oproept is of het nu gaat om het hebben van een volledig belastingverdrag of dat uitsluitend de uitwisseling van informatie gewaarborgd dient te zijn. Gezien de recente toename van het aantal verdragen dat louter dit onderwerp

regelt, rijst de vraag of dat niet een beter criterium is voor het al dan niet kunnen inroepen van het Besluit.

Wil de regeling in de verdragen in werken treden dat dient sprake te zijn van een "item of income, profit or gain" in beide verdragssluitende staten. In het geval een staat geen "item van income, profit or gain" ziet en derhalve niet in haar belastingheffing betreft, is geen beroep op de bepaling mogelijk (het vijfde lid van art. 22 van het Verdrag Verenigd Koninkrijk-Nederland beoogt dit te regelen door de mogelijkheid van het vragen van een ruling te openen).

Een andere vraag is wat de relatie tussen een regeling in een belastingverdrag en het Besluit is indien een deelnemer in een hybride entiteit wel verdragsinwoner is, maar geen baat heeft bij de regeling voor hybride entiteiten zoals opgenomen in het verdrag: staat dan nog een beroep op het Besluit open? Het lijkt tevens van belang te bevestigen dat het moment waarop een "item of income, profit or gain" (dus voor of na het moment waarop in de andere Staat een "item" wordt gerealiseerd) wordt genoten, geen belemmering vormt voor het toepassen van verdragsbepalingen die een oplossing proberen te bieden voor hybride entiteiten.

3.3 Limitation of benefits ("LOB") bepalingen

De beperkte verdragsgerechtigdheid tot de voordelen die het belastingverdrag inwoners van één van de verdragssluitende staten biedt, zien we ook terug bij de zogenoemde LOB-bepalingen. Nederland heeft in het verleden LOB bepalingen in verdragen geaccepteerd die de toegang tot een verdrag beperken voor Nederlandse inwoners die niet aan bepaalde testen voldoen. De testen raken met name de in Nederland gevestigde groepsmaatschappijen die onderdeel zijn van een buiten Nederland gevestigde groep en een dochter buiten Nederland hebben die een beroep doen op een verdrag. Nederland zou kunnen overwegen - indien de verdragssluitende staat deze bepaling in het verdrag wenst op te nemen - eenzijdig wel het verdrag toe te passen.

Internationaal gezien gaat de ontwikkeling van dergelijke bepalingen snel: een LOB bepaling kent met het oog op onder andere de werking van de interne markt binnen de EU, zogeheten "equivalent beneficiary" safe harbors, die bewerkstelligen dat wanneer niet aan een van de voorwaarden in het door Nederland afgesloten verdrag wordt voldaan, maar de moeder van de Nederlandse belastingplichtige wel aan de voorwaarden voldoet in het door haar afgesloten verdrag met dat land zou zij een directe investering hebben gedaan, alsnog verdragsvoordelen toekent ter grootte van het door het moederland afgesloten verdrag.

Het is de afgelopen jaren duidelijk geworden dat landen met elkaar kunnen concurreren op de aard van de testen en de landen waarin equivalent beneficiaries zijn gevestigd. Afhankelijk van het moment waarop met een verdragspartner een LOB bepaling wordt overeengekomen en na dat moment de andere door de verdragspartners afgesloten verdragen met een LOB bepaling, kan het door Nederland bereikte onderhandelingsresultaat minder gunstig uitpakken, zeker wanneer het verdragsland later een andere minder stringente insteek bij haar verdragsonderhandelingen kiest.

Waar het raadzaam wordt geoordeeld het verzoek van de andere verdragspartner tot het opnemen van een LOB bepaling te accepteren, is het van belang tevens te streven naar het opnemen van een meestbegunstigingsclausule die uitsluitend geldt voor de LOB bepaling: op

die manier kunnen de door de verdragspartner gunstigere LOB bepalingen die na de met Nederland overeengekomen LOB bepaling in werking treden doorwerken naar de Nederlandse LOB bepaling. Een ander - minder wenselijk - alternatief is dat met verdragspartners afspraken worden gemaakt omtrent de regelmatige herziening van een LOB bepaling teneinde die aan te passen aan de meest recente ontwikkelingen.

LOB bepalingen bevatten soms testen die de verhouding tussen bedrijfseconomische gegevens van Nederlandse belastingplichtigen vergelijken met die van bijvoorbeeld een dochteronderneming die een beroep op het verdrag en de LOB bepaling doet. Waar de andere verdragspartner daar als beleid bij al haar verdragen een percentuele ondergrens stelt, bijvoorbeeld 10%, kan die disproportioneel nadelig uitwerken voor een relatief klein land in vergelijking met grotere landen. Het verdient daarom aanbeveling om deze toetsen preciezer af te stemmen op de omvang van de Nederlandse economie of een groep van haar omringende landen.

3.4 Bronheffingen

In het algemeen zouden wij voorstander zijn van het uitgangspunt dat belastingheffing over dividend, rente en royalty's uitsluitend in de woonplaats dient te geschieden. Nederland zou niet moeten meegaan in de verschuiving van de heffingsbevoegdheid over inkomsten van de woonstaat naar de bronstaat. Indien de wederpartij echter als uitgangspunt vasthoudt aan de bronstaatheffing, moet consistentie in de benadering worden vereist.

Tevens pakt de verrekening van bronheffing niet zelden voor de belastingplichtigen onevenredig ongunstig uit. Illustratief voor deze situatie is de conclusie van A-G Wattel van 3 maart 2009, nr. 08/00315. Doordat - indien in een bepaald jaar de bronbelasting niet geheel wordt verrekend - de onverrekenende bronbelasting slechts in aanmerking kan worden genomen indien daar tegenover buitenlands inkomen staat, kan het onevenredige gevolg zijn dat de buitenlandse bronbelasting niet meer verrekend kan worden met de Nederlandse vennootschapsbelasting. Wij zouden willen pleiten voor een gelijke methodiek als bij de vrijstellingsmethode in het BvdB 2001.

3.5 Most Favoured nation-bepaling

Het opnemen van een most favoured nation-bepaling - met name ten aanzien van bronbelastingen op royalties en interest - zorgt ervoor dat Nederland niet achter de feiten aanloopt indien een ander land een beter belastingverdrag weet te bewerkstelligen nadat Nederland met een bepaald land een belastingverdrag heeft gesloten. Wij zijn dan ook een voorstander van het opnemen van een dergelijke bepaling in het verdragsbeleid. Het verdrag met de US is bijvoorbeeld minder goed dan wat andere landen hebben weten te bereiken, zelfs nadat met het 2004 protocol een inhaalslag is gemaakt. Het zou nastrevenswaardig zijn om hier verbetering in te brengen door een 'most favoured nation' clause of een aanvullend protocol. Uiteraard dient van land tot land worden nagegaan of een 'most-favoured nation'-clause het meest geëigende middel is om een gelijke of betere positie te bereiken dan andere landen waarmee het desbetreffende land een verdrag mee heeft gesloten. Overigens zou het opnemen van een most favoured nation-bepaling niet beperkt hoeven te blijven tot bronheffingen. Denk daarbij aan de kwalificatie van een bepaalde bron van inkomen als een vaste inrichting.

3.6 Misbruikbepaling in het verdragen

Er lijkt een trend aanwezig om steeds vaker een misbruikbepaling op te nemen in gesloten belastingverdragen voor het toekennen van verdragsvoordelen, zoals vermindering van de heffing over dividenden. Bij wijze van voorbeeld wijzen wij op de recente ondertekende belastingverdragen met het Verenigd Koninkrijk, Bahrein en de Verenigde Arabische Emiraten. Wij menen dat het opnemen van anti-misbruikbepalingen zorgt voor onzekerheid bij belastingplichtigen en dat heeft een negatief effect op het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Indien niettemin wordt vastgehouden aan het opnemen voor een anti-misbruikbepaling, zou consistentie moeten bestaan inzake de op te nemen anti-misbruikbepaling en tevens af worden gezien van onduidelijke, niet nader gedefinieerde anti-misbruikbepalingen. Bovendien zou dan een duidelijke toelichting moeten volgen wanneer er sprake is van misbruik. De hiervoor besproken LOB-bepaling heeft in vergelijking met de in deze paragraaf besproken misbruikbepaling het voordeel dat de eerstgenoemde bepaling duidelijkheid schept voor de belastingplichtige.

3.7 Vervreemdingswinsten

In het wijzigingsprotocol tussen Mexico en Nederland is overeengekomen dat het bronland gerechtigd is te heffen over de voordelen verkregen uit de vervreemding van aandelen. Naar onze mening moet het beleid van Nederland zijn dat het heffingsrecht op de vervreemdingsvoordelen van aandelen toe dient te komen aan het woonland.

4 Transfer pricing aspecten

4.1 Statisch en dynamische interpretatie OESO-commentaar

Een belangrijke vraag is of het OESO-commentaar van het OESO-modelverdrag dynamisch of statisch dient te worden geïnterpreteerd. In de Nederlandse jurisprudentie en in de beleidsmatige sfeer wordt een dynamische interpretatie aangehangen. In 2008 is het commentaar op art. 7 OESO-modelverdrag gewijzigd. Graag vermenen wij uit de nieuwe notitie hoe de Belastingdienst om zal gaan met de aanpassingen in art. 7 OESO-modelverdrag in relatie met reeds eerder gesloten belastingverdragen.

Dit heeft evenzo te gelden voor de (op handen zijnde) aanpassingen van art. 7 en art. 25 van het OESO-modelverdrag. De aanpassing van (het commentaar op) art. 25 OESO-modelverdrag is in 2008 al doorgevoerd, terwijl de aanpassingen van art. 7 OESO-modelverdrag en het aangepaste commentaar in 2010 worden verwacht. Ook op dit punt vernemen wij graag of en zo ja hoe deze wijzigingen doorwerken in thans gesloten belastingverdragen.

4.2 Regeling voor onderling overleg

De aanpassingen van het commentaar op art. 25 OESO-modelverdrag in 2008 hebben onder meer ook betrekking op de toelichting (en de beperking) van de gronden voor de weigering van toegang tot het onderlinge overleg procedure. Wij zouden graag van het Ministerie van Financiën vernemen of zij van mening is dat art. 9 OESO-modelverdrag slechts van toepassing is op verrekenprijsaanpassingen indien de transactie zijn erkend voor fiscale doeleinden of dat dit artikel tevens betrekking heeft op her kwalificaties van de transacties. Gezien de ontwikkelingen van de belastingheffing van de herstructurering van bedrijven, lijkt de rol van

art. 9 OESO-modelverdrag nog belangrijker om ook in dergelijke gevallen ervoor te zorgen dat de belastingplichtige toegang krijgt tot de regeling voor onderling overleg.

Het Ministerie van Financiën heeft zich tot op heden een van de grootste voorstanders getoond van verbetering van het grensoverschrijdende geschilprocedures. Dit blijkt niet alleen uit de functie van voorzitter van de werkgroep inzake onderling overleg bij de OESO, maar ook uit het besluit van september 2008. Wij spreken op deze plaats de hoop uit dat deze politieke toewijding kan worden doorgezet, zodat ervoor gezorgd kan worden dat de intenties zoals bepleit in het Nederlandse besluit van september 2008 toegepast kunnen worden in het artikel van onderling overleg voor nieuwe of vernieuwde verdragen.

Er zijn voorbeelden bekend dat in de woonstaat van een onderneming die een vaste inrichting heeft in een andere staat een andere verrekenprijsmethodiek toepast voor de bepaling van de voorkoming op grond van art. 23 OESO-modelverdrag dan de bronstaat voor het bepalen van de winst van de vaste inrichting. De vraag komt dan op of - ingeval beide staten een geaccepteerde verrekenprijsmethodiek toepassen voor art. 7, tweede lid, OESO-modelverdrag - gezegd kan worden dat de belastingheffing "niet in overeenstemming is met de bepalingen van (...) [de] overeenkomst". Indien het antwoord ontkennend is, zou alleen een beroep op art. 25, derde lid, OESO-modelverdrag kunnen worden gedaan om te komen tot een onderlinge overlegprocedure. Dit zou met zich brengen dat arbitragebepaling als bedoeld in art. 25, derde lid, OESO-modelverdrag voor belastingplichtigen in de hiervoor geschetste situatie wordt onthouden.

In het voorgestelde commentaar op art. 7 OESO-modelverdrag wordt gesuggereerd hoe dient te worden opgegaan met de hierboven geschetste situaties. Wij vernemen graag hoe Nederland om zal gaan met dergelijke gevallen met de inachtneming van het commentaar op art. 7 OESO-modelverdrag waarin de woonstaat is verplicht om de verrekenprijsmethodiek van de bronstaat over te nemen in nieuw te sluiten verdragen.¹

5 Inkomsten uit (vroegere) onzelfstandige arbeid

5.1 Materieel werkgeverschap

In de arresten van de Hoge Raad van 1 december 2006 is geoordeeld dat het begrip werkgever in belastingverdragen materieel moet worden uitgelegd. Gevolg hiervan kan zijn dat in het buitenland woonachtige werknemers die slechts zeer kort (bijvoorbeeld 1 dag) in Nederland arbeid verrichten hier in een loonadministratie moeten worden opgenomen. Dit brengt grote administratieve lasten met zich mee die niet in verhouding staan tot de af te dragen loonbelasting. Wij pleiten ervoor dat het internationale fiscale beleid van het Ministerie van Financiën eruit gaat bestaan dat pas na 60 dagen belastingplicht zou ontstaan indien voor een Nederlandse materiële werkgever wordt gewerkt. Een voorbeeld zou kunnen worden genomen aan de 60-days rule in het Verenigd Koninkrijk.

5.2 Reikwijdte (persoonlijke) aftrekposten

Momenteel zijn de mogelijkheden voor het claimen van aftrekposten voor inwoners van verschillende landen verschillend. Tussen Nederland en België zijn er specifieke afspraken

¹ Zie uitgebreid over deze problematiek: Jacques Sasseville, "Klaus Vogel Lecture - Tax Treaties and Schrödinger's Cat", Bulletin for international taxation, febr 2009.

gemaakt en dat is ook het geval tussen Nederland en Duitsland. Verder biedt het keuzerecht mogelijkheden. Daarnaast is de reikwijdte van 'Renneberg' niet duidelijk. Vanuit de praktijk bestaat de wens om terzake van (persoonlijke) aftrekposten een eenduidig beleid te voeren en onderscheid tussen landen zoveel mogelijk te beperken.

5.3 Grensarbeiders

De compensatieregeling geldt momenteel alleen voor Nederlanders die in België werkzaam zijn. De regeling zorgt ervoor dat inwoners van Nederland die in België werken met betrekking tot hun fiscale aftrekposten voor de Nederlandse IB niet slechter af zijn dan inwoners van Nederland die enkel in Nederland worden belast. Nederland zou als uitgangspunt kunnen nemen dat een dergelijke regeling ook voor andere landen wordt geïntroduceerd. Op deze manier kan een (zoveel mogelijk) gelijke behandeling op de werkvloer én een gelijke behandeling met de buurman worden bereikt.

5.4 Kwalificatie stamrechtuitkering

Momenteel bestaat er onduidelijkheid over stamrechten met betrekking tot het heffingsmoment en met betrekking tot de kwalificatie van de aanspraak en de uitkering onder belastingverdragen. Sommige landen nemen het standpunt in dat er kan worden geheven zodra de aanspraak op een stamrecht ontstaat. Nederland belast het stamrecht op moment van uitkering. Dit kan dus resulteren in dubbele heffing. Daarnaast is het soms onduidelijk of een stamrecht gekwalificeerd dient te worden onder het arbeidsartikel of onder het pensioenartikel in het verdrag. Nederland zou als inzet bij verdragsonderhandelingen moeten hebben dat duidelijkheid ontstaat over het heffingsmoment en de kwalificatie van stamrechten. Hierdoor blijft dubbele heffing achterwege.

5.5 Kwalificatie levensloopuitkeringen voorafgaand aan pensioen

Belastingverdragen en het gemeenschapsrecht kennen geen specifieke bepalingen voor de levensloopregeling. In de regel zullen levensloopuitkeringen voor verdragstoepassing onder de reikwijdte van het niet-zelfstandige arbeidsartikel (of eventueel bestuurdersartikel) vallen. Wanneer levensloopuitkeringen echter als een soort prepensioen worden genoten is het minder duidelijk hoe de uitkeringen verdragstechnisch kwalificeren. Dit geldt voor situaties waarbij de dienstbetrekking in stand blijft (onbetaald verlof), maar nog meer voor situaties waarbij het levenslooptegoed na het beëindigen van de dienstbetrekking ineens wordt uitgekeerd (toegestane afkoop) of het gehele levenslooptegoed op basis van wetsfictie op de dag voorafgaand aan het ingaan van het ouderdomspensioen (uiterlijk 65 jaar) belastbaar wordt. In de gevallen waar de facto sprake is van een prepensioen, lijkt het pensioenartikel van toepassing te zijn. Meer duidelijkheid over de verdragskwalificatie van uitkeringen uit de levensloopregeling direct voorafgaande aan pensionering is gewenst.

5.6 Pseudo-eindheffing

In hoeverre zijn de pseudo-eindheffingen van art. 32ba en art. 32bb van de Wet op de loonbelasting 1964 (regeling voor vervroegde uittreding respectievelijk vertrekvergoedingen) aan te merken als een (loonsom)heffing die onder de werking van het Verdrag vallen. Deze pseudo-eindheffingen vinden plaats naast de gewone heffing van loonbelasting (en niet in plaats van) en hebben een specifiek karakter, namelijk een soort van strafheffing. Met andere woorden: vervalt het heffingsrecht van Nederland indien op grond

van het belastingverdrag het loonbestanddeel waar de pseudo-eindheffing op ziet wordt toegewezen aan het andere land (dus niet Nederland)?

6 Pensioenen

Toewijzing van de heffingsbevoegdheid geschiedt traditioneel aan de woonstaat van de pensioengerechtigde (art. 18 OESO-modelverdrag, overheidspensioenen uitgezonderd (art. 19 OESO-modelverdrag)).

Het huidige verdragsbeleid is erop gericht dat in die gevallen dat pensioen in de woonstaat geheel niet wordt belast, Nederland zich de heffingsbevoegdheid voorbehoudt. Datzelfde gebeurt als het pensioen laag belast wordt of op een naar Nederlandse maatstaven onbedoelde wijze wordt afgewikkeld (zoals afkoop). De tendens naar meer bronstaatheffing is in deze situaties te billijken en zal op termijn een beter middel blijken dan de conserverende aanslag. Wel is in het verdragenbeleid (meer) eenheid in de vormgeving van de voorwaarden om toe te komen aan een bronstaatheffing gewenst.

We hebben nog twee andere punten die in verdragsrechtelijke context naar onze mening aandacht behoeven.

Dit is allereerst het begrip pensioen zelf. Dit begrip is verdragstechnisch niet gedefinieerd, hetgeen betekent dat de uitleg op nationaal niveau zal geschieden. Nederland hanteert daarbij - kijkend naar de mogelijkheden die bijvoorbeeld de Europese Pensioenrichtlijn biedt - een relatief eng pensioenbegrip. Dit kan in de toekomst mogelijk tot afbakeningsproblemen met betrekking tot de heffingsbevoegdheid leiden. De oplossing kan gevonden worden in meer uniformiteit van de verschillende landen in de te hanteren pensioendefinitie. Op Europees niveau zou meer aansluiting kunnen worden gezocht bij bijvoorbeeld de pensioendefinitie, zoals verwoord in de Pensioenfondsenrichtlijn.

Daarnaast vragen wij aandacht voor de verdeling van de heffingsbevoegdheid in 'samenloopsituaties' van particulier pensioen (art. 18 OESO-modelverdrag) en overheidspensioen (art. 19 OESO-modelverdrag). Wij signaleren twee internationale ontwikkelingen die in de toekomst tot meer discussies over de verdeling van de heffingsbevoegdheid kunnen leiden:

- De vervaging tussen de afbakening van (semi-)overheid en private sector en daarmee de vervaging tussen particulier pensioen en overheidspensioen in de context van de begripsbepalingen in het verdrag (kwalificatieconflicten);
- De toenemende mogelijkheid om interne en externe waardeoverdracht toe te passen. Dit zorgt voor een (internationale) 'vermenging' van particulier pensioen en overheidspensioen.

De ogenschijnlijk meest eenvoudige oplossing voor dit probleem is het opheffen van het onderscheid tussen particulier pensioen en overheidspensioen. Deze oplossing lijkt ons echter op korte termijn geen haalbare kaart. Dit neemt niet weg dat in internationaal verband best bekeken kan worden in hoeverre er nog een rechtvaardigingsgrond is voor het strakke onderscheid tussen particulier pensioen en overheidspensioen.

7 Lucratieve belangen

Wij menen dat de inkomsten uit lucratieve belangen een plaats verdienen in de beleidsnotitie van het Ministerie van Financiën, aangezien het hier gaat om een nieuw fenomeen dat in internationale context veel vragen oproept. Eén van de onderdelen van de op 1 januari 2009 in werking getreden 'Wet belastingheffing excessieve beloningen' is de belastingheffing over resultaten uit overige werkzaamheden behaald met zogenoemde lucratieve belangen. Buitenlandse belastingplichtigen worden in Nederland in de heffing van inkomstenbelasting betrokken indien zij in de wet nader gedefinieerde aandelen, vorderingen of rechten houden of schulden hebben en de voordelen die daarmee worden behaald naar moet worden aangenomen mede een beloning vormen voor werkzaamheden verricht in Nederland.

Tijdens de parlementaire behandeling is slechts beperkt ingegaan op de internationale gevolgen van lucratieve belangen. Er is mede hierdoor veel onduidelijkheid gaan bestaan over de verdeling van de heffingsbevoegdheid over de inkomsten uit een lucratief belang. Voor werknemers leidt de onduidelijkheid in internationale situaties tot rechtsonzekerheid. Bovendien is het ook voor werkgevers belangrijk om te weten wat de fiscale gevolgen zijn in internationaal verband van een belang dat zij de werknemers in staat stellen te verwerven. Dit schaadt het Nederlandse vestigingsklimaat.

De situaties waarin sprake kan zijn van een lucratief belang zijn erg divers en niet beperkt tot het woonland en het werkland van een belastingplichtige. In verdragen worden tot op heden de resultaten uit overige werkzaamheden niet nader gedefinieerd. Het is daardoor onduidelijk hoe de voordelen uit lucratieve belangen voor verdragstoepassing moeten worden gekwalificeerd. De voordelen uit lucratieve belangen kennen vele verschijningsvormen, meestal dividend, rente of vermogenswinst. Indien het woonland van de belastingplichtige het voordeel anders kwalificeert, kan dit leiden tot dubbele heffing.

Bovendien bestaat grote onduidelijkheid welk deel van het voordeel in Nederland in de heffing moet worden betrokken. Een belang kwalificeert als lucratief belang als het mede een beloning vormt voor werkzaamheden verricht in Nederland. Als slechts een klein deel van het voordeel een beloning vormt voor werkzaamheden verricht in Nederland en het resterende deel een beloning vormt voor werkzaamheden verricht in het woonland of voor het ter beschikking stellen van kapitaal, is het niet aanvaardbaar als Nederland het volledige voordeel in de heffing betreft.

Een ander probleem is dat er diverse situaties denkbaar zijn, waarbij lucratief belangheffing ontstaat op een moment dat feitelijk nog geen voordeel wordt genoten, i.e. als het belang niet langer voldoet aan de technische kwalificatie van een lucratief belang als beschreven in de wet. Afgezien van de vraag of dit op basis van nationale wetgeving in verdragssituaties is toegestaan, kan dit tot dubbele heffing leiden indien de woonstaat geen voorkoming voor dubbele belasting verleent als het voordeel niet (in hetzelfde jaar) in de werkstaat in de heffing is betrokken.

Wij zijn van mening dat meer duidelijkheid over de verdragskwalificatie en allocatie van voordelen uit lucratieve belangen gewenst is. Het onderwerp zou bij nieuwe verdragsonderhandelingen bovendien expliciet moeten worden meegenomen, zodat de onduidelijkheid over de verdragstoepassing voor het inkomen uit lucratief belang wordt weggenomen.


8 Tot slot

Zoals hierboven is vermeld, vinden wij het waardevol een bijdrage te kunnen leveren aan het consultatieproces om zo tot internationaal fiscaal beleid te komen dat het Nederlandse vestigingsplaatsklimaat ten goede komt. Wij menen dat het huidige beleid op een aantal punten kan worden verbeterd of worden verhelderd. Meer transparantie over het onderhandelings- en het ratificatieproces alsmede duidelijke standpunten inzake de toewijzing van bepaalde inkomstenbestanddelen zou volgens ons het vestigingsklimaat verder kunnen verbeteren.

Tot nadere toelichting over het bovenstaande zijn wij uiteraard altijd gaarne bereid.

Hoogachtend,
Ernst & Young Belastingadviseurs LLP

b/c



d/a



PHILIPS

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
T.a.v. Mr. E.A. Visser
Directie Internationale Fiscale Zaken

Philips International B.V.

High Tech Campus 44
P.O. Box 218
5600 MD Eindhoven
The Netherlands

Corporate Fiscal

Onderwerp :
Nederlandse internationale fiscaal
(verdrags)beleid

Ref: TS/YS/09005
Date: 14.10.2009

Geachte heer Visser,

Conform afspraak doe ik u hierbij namens de ABDUP-leden ons commentaar op de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid toekomen.

Hoogachtend,

Head of Tax Philips Group/
Executive Vice President Corporate Fiscal

Ministerie van Financiën
IT 2 - 09 - 750
Ontv. 16-10-09
Uiterl. afdeling 16-10-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

To
Ministry of Finance

Directie Internationale
Fiscale Zaken

Copy
ABDUP members:

AkzoNobel
Shell
DSM
Unilever
Philips

From
ABDUP

Ref: ABDUP/2009/101

Date: 2009-10-13

Subject: Netherlands International Tax (Treaty) Policy

Introduction

Please find below, as reaction to the 31 August 2009 consultation of the Ministry of Finance, an overview of items that ABDUP would like to share with the Dutch government for actual and potential future tax treaty discussions and international tax policy. We start with the main general comments which will be followed by more specific comments and examples that are provided in a bullet style format. We would appreciate to discuss with you the various points and provide relevant background.

As a general concern we mention the growing non-uniformity between not only OECD- and non-OECD countries, but also amongst OECD-countries themselves. Not only the number of reservations made is increasing rapidly but also it is allowed to make a choice between diverging OECD points of view (for example the new option in the commentary to article 4 to use an alternative for effective place of management in case of dual residence). Further we see that certain OECD-countries have their own interpretations of the treaty-model. This non-uniformity will lead to substantial double taxation issues. Therefore binding arbitration is more urgent than ever. Next to this an increasing concern for us is the development of different views between OECD- and UN model and commentaries. For key notions, such as for example the definition of a permanent establishment or fencing of national taxation rights, integration and merger between the OECD- and UN-model should be considered to limit double taxation right by getting to one standard. We would be happy to provide more specific input on the alignment between OECD- and UN model.

Another general worry is the increase in documentation requirements in cross border situations. These requirements should as much as possible be in line with the

Ref: ADBUP/2009/101

Date: 2009-10-13

Page: 2

documentation already available within the company for its own governance and decision taking.

As mentioned above we like to draw your attention to create a back-stop for disputes regarding cross border transactions. This can only be done through the adoption of a comprehensive and binding arbitration framework. In this context, the use of the term "comprehensive" is used to express that the arbitration must address all disputes creating double taxation whether they are based on transfer pricing rules, by non-aligned interpretation of a p.e. definition or by anti-abuse rules.

Main tax (treaty) items

With respect to the **taxes covered** by a treaty, tax treaties should not be limited in application to specific existing taxes, but include language that taxes enacted after ratification but with comparable tax effects are also covered. Also, in line with current Dutch treaty application / explanation, tax treaties should include language that the non-discrimination rules relate to all taxes and not only to taxes defined in the treaty.

Regarding **Permanent Establishments ('PE')**, the PE concept is being interpreted more widely by Treaty partners. It is therefore important to come to a clear and common understanding with Treaty partners of the PE concept and thresholds.

For **dividend, interest and royalties** the startingpoint should be that withholding taxes are kept to a minimum and procedures to obtain a refund of withholding taxes should be clear and readily available. Essential is also that internationally there should be uniformity in the definitions of withholding taxes.

Regarding **other income, capital gains and business income**, the 'other income' article should allocate the taxing right solely to the home state and not to the source state. Similarly gains from the alienation of any property other than – in short – immovable property, movable property, ships or aircrafts, should only be taxable in the country of residence of the alienator. However, we realize that these allocation questions could be subject to change in coming years.

When concluding/renegotiating a tax treaty, it should be clear how to explain the various articles and when and where a Contracting State takes a non-OECD conform position. OECD-model and commentary conformity in text and application of treaties is strongly preferred. The tax treaty countries should make a decision where OECD takes an ambiguous position.

Another important treaty item is related to the fact that taxpayers provide regularly commercially sensitive information to Revenue Authorities. Such information should be secure under any and all circumstances. In case of exchange of information between countries company secret information should be treated with due care and as confidential (for example in terms of price setting). Furthermore, information exchange procedures between States relating to PE and head-office should be following the rules of exchange of information between legal entities and not within a single entity. The latter follows the OECD trend towards the separate identity concept.

Each treaty should contain the possibility of a **binding arbitration** for all treaty related issues. The EU Arbitration Convention gives a good start to such procedure but can be improved upon (eg. as mentioned in our introduction in practice it is not comprehensive).

Details

1 Taxes covered

- In practice some countries introduced a new "distribution tax" which effectively means an additional corporate income tax on dividends which bypasses the applicable tax treaty. As a specific example Hungary can be mentioned which is introducing, as per January 1st, 2010, a 4% real estate transfer tax on the disposal of shares in a Hungarian operating company that (also) owns real estate, but which is not a so-called real estate company. If article 6 and 13.1 do not apply, the double tax treaty should prevent Hungary from levying this tax as capital gains taxation is fully attributed to The Netherlands.
- Further, business tax (e.g. regarding interest or royalties) and other services taxes should be included in all relevant tax treaties with countries such as Taiwan, China and Brazil).
- In addition, especially in the tax treaty between China and the Netherlands the suggestion is made to adjust article 2, paragraph 3, letter b, item 2 to "the income tax concerning **companies registered in China**" as a result of which it shall include all types of foreign enterprises and domestic companies.
- Finally, Tax treaties should include language that the non-discrimination rules relate to all taxes and not only to taxes defined in the treaty. This is in line with current Dutch treaty application / explanation.

2 Permanent Establishments ('PE')

- The place of management as such should no longer constitute a PE
- Consignment of equipment for processing trade purposes should not be deemed as constituting a PE. Suggestion is made to add – for example – in article 5, paragraph 4, letter c "the maintenance of a stock of goods or merchandise **or equipment** belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;"
- It should be clear that global (virtual) key account management teams do not fall under the scope of a dependant agent PE (reference is made to paragraph 32 of the Commentary to article 5 of the OECD Model Convention), for it is too complex to determine the dominant factors constituting such a PE. Another complexity would be a reasonable / fair profit allocation to it.
- In case a dependant agent PE could be argued, this should not lead to separate local tax presence in addition to an already available local legal entity, provided the compensation is adequate (see article 2 of the Protocol of the Treaty between Germany and Austria). This preferably applies to all PE's that could occur apart from an existing entity.
- In line with new draft alternative Article 7 of the OECD –model, in the context of head office expenses PE's should be treated the same as subsidiaries, which is not the case at the moment. This implies that PE's can be 'charged' for head office expenses. The same applies to costs for using intangibles. In addition, as far as general management costs are concerned, currently a PE can only be allocated actual costs without

mark-up. Also this latter distinction between PE's and subsidiaries should be taken out.

- Language with regard to "service-PE" / uniform interpretation of the OECD-rules: example 183 days measurement in China: 1 day in a month is counted for as 1 month
- The notion of secondment of employees is internationally treated differently. We suggest to include a definition in treaties that determines when secondment of employees to a related legal entity results in a PE for the entity that seconded the employee.
- The definition of a PE and article 15.2 of the Model treaty should be uniformed.
- Under the Decree for avoidance of double taxation it is not always clear if the PE is subject to taxation in case the PE is taxed on operating income but not on capital gains.

3 Dividend, interest and royalties

- Cases where withholding tax is credited on a cash basis while the connected income is taxed on an accrual basis should be clarified.
- A transitional period should be applied when tax sparing credits are terminated.

4 Other income, capital gains and business income

- It should be clear that revenues from e-commerce activities "as such" qualify as business income in line with article 7 OECD Model Convention.

5 Other (treaty) items

- Certificate of Residence should be standardized and simplified whereby time-consuming and costly procedures of legalization of signatures, confirmation by courts, embassies and consulates should be abandoned. With standard certificates as used for example by the Netherlands, Belgium, Germany or Japan that can be prepared by the taxpayer and are signed by the tax authorities we have good experience in practice. Even more efficient would be the possibility to download the required document from a website, which document after signing by the recipient is sufficient to obtain relief of withholding tax. An example of this procedure is the US W8BEN document available on the IRS website.
- Clear explanation (in additional protocols) of the definitions of the various services, including most common examples (e.g. corporate services charges and royalty payments would be very helpful).
- Attention from Treaty partners for the Enhanced Relationship concept. As called for in the Cape Town OECD 2008 report this topic should be advocated in international tax policy discussions.
- In practice deductibility of service fees and payments related to guarantees are often contested. Also charges to group companies for severance, bonus and option costs related to employees that work internationally is often not accepted. More in general, the requested information and proof by certain Treaty partners makes it sometimes

virtually impossible to get a deduction for costs. Attention is asked for this point because this results in double taxation.

- There should be clarity when legal reorganizations conducted fully outside a Treaty country can result in taxation in the Treaty country. An example is that real estate transfer taxes are due for reorganizations that take place at (indirect) shareholder level which effectively do not change anything in the treaty country. These kind of taxes can be levied multiple times in one reorganization. Currently these taxes can often not be foreseen and because of the increasing number of reorganizations, we ask specific attention for this.
- Most favoured nation clauses should not only apply to dividend, interest and royalties but also to other treaty clauses (for example if in a tax treaty with another country specific costs are explicitly mentioned as deductible).

6 Personal Taxes

In the attached Dutch addendum a number of specific issues and suggestions are described related to Personal Taxes

Addendum

Materieel werkgeverschap (art. 15.2.b NSV)

Volgens de Nederlandse Hoge Raad dient het begrip "werkgever" in belastingverdragen materieel te worden uitgelegd. Gevolg hiervan kan zijn dat een in het buitenland wonende werknemer die slechts 1 dag in Nederland arbeid verricht, hier in een loonadministratie moeten worden opgenomen. Dit brengt onevenredige administratieve lasten met zich. Gepleit wordt daarom voor een zekere termijn waarna pas belastingplicht ontstaat als voor een Nederlandse materiële werkgever wordt gewerkt, bijvoorbeeld 60 dagen.

Aftrekbaarheid (persoonlijke) aftrekposten (art. 25 NSV)

Op dit moment lopen de mogelijkheden voor het claimen van (persoonlijke) aftrekposten voor inwoners van verschillende landen uiteen. Zo zijn tussen Nederland en België en tussen Nederland en Duitsland specifieke afspraken gemaakt, deze lopen echter ten dele uiteen. Weer andere mogelijkheden en voorwaarden biedt de keuze voor binnenlandse belastingplicht. Verder is nog niet duidelijk welke invloed het Europese arrest inzake "Renneberg" heeft. Kortom, vanuit de praktijk bestaat de wens dat voor (persoonlijke) aftrekposten voor niet-inwoners een eenduidig (verdrags)beleid wordt gevoerd.

Grensarbeiders (art. 25 NSV)

De compensatieregeling in het verdrag met België zorgt ervoor dat inwoners van Nederland die in België werken met betrekking tot hun fiscale aftrekposten niet slechter af zijn dan inwoners van Nederland die uitsluitend in Nederland worden belast. Nederland zou dit ook als uitgangspunt kunnen nemen voor andere landen (in plaats van hierboven genoemde harmonisering aftrekposten). Op deze manier kan een (zoveel mogelijk) gelijke behandeling op de werkvloer én een gelijke behandeling met de buurman worden bereikt.

Kwalificatie stamrecht(uitkeringen) (art. 15 & 18 NSV)

Bij stamrechten in grensoverschrijdende situaties bestaat onduidelijkheid over het heffingsmoment en de kwalificatie van de aanspraak en de uitkering. Sommige landen nemen het standpunt in dat kan worden geheven zodra de aanspraak op een stamrecht ontstaat. Echter, Nederland belast het stamrecht bij uitkering. Onder deze omstandigheden is dubbele belasting het resultaat. Daarnaast is het soms onduidelijk of een stamrecht onder het arbeidsartikel of onder het pensioenartikel in het verdrag valt. Nederland zou met de verdragspartners afspraken moeten maken over heffingsmoment en kwalificatie van stamrechten. Hiermee kan dubbele heffing worden voorkomen.

Kwalificatie levenslooppuitkeringen voorafgaand aan pensioen (art. 15 & 18 NSV)

Belastingverdragen hebben geen specifieke bepalingen voor de levensloopregeling. Vaak zullen levenslooppuitkeringen onder de reikwijdte van het niet-zelfstandige arbeidsartikel (of eventueel bestuurdersartikel) vallen. Wanneer levenslooppuitkeringen echter als een soort prepensioen worden genoten is de vraag of wellicht het pensioenartikel van toepassing is. Dit zowel voor situaties waarbij de dienstbetrekking in stand blijft (opname van levensloopverlof), maar nog meer als het levenslooptegoed na beëindiging van de dienstbetrekking ineens wordt uitgekeerd of het gehele tegoed voorafgaand aan het pensioen belastbaar wordt. Daarom is meer duidelijkheid gewenst over de verdragskwalificatie van uitkeringen uit levensloop (direct) voorafgaand aan pensionering.

Ref: ADBUP/2009/101

Date: 2009-10-13

Page: 8

Tevens bestaat behoefte aan meer duidelijkheid over hoe het buitenland naar nationaal recht tegen de levensloopregeling aankijkt.

Tenslotte dienen buitenlandse pensioenfondsen te worden erkend.



Per fax en aangetekend per post
Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Ministerie van Financiën
IT-2-09-751
Ontv. 16-12-09
Uiterl. afdoening 10-12-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Den Haag, 15 oktober 2009

Betreft: Commentaar Verbond van Verzekeraars consultatie uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid

Geachte heer/mevrouw,

Op 31 augustus 2009 heeft u een start gemaakt met een consultatie over de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid. Het voornemen bestaat om de vernieuwde uitgangspunten in het voorjaar van 2010 aan de Tweede Kamer aan te bieden.

Allereerst spreken wij onze waardering uit voor de inspanningen en de belangrijke positieve bijdrage van de Directie Internationale Fiscale Zaken op het terrein van het Nederlandse internationale belastingrecht.

Wij stellen de uitnodiging op prijs en maken graag gebruik van de mogelijkheid om een aantal punten onder de aandacht te brengen.

1 – Streven naar lagere bronbelastingtarieven

Heffing van buitenlandse (bron)belastingen op dividend en rente komt nog steeds regelmatig voor. De buitenlandse belasting grijpt aan bij de bruto-inkomsten. De voorkoming dubbele belasting wordt verleend over de netto-inkomsten. In de praktijk leidt dit regelmatig tot effectieve dubbele belasting.

Een voortzetting – en misschien zelfs intensivering - van het bestaande beleid om in overleg met (verdrags)partners tot zo laag mogelijke (bron)belastingtarieven te komen is wenselijk.

2 – Voortwenteling grondslag

Onder het huidige beleid is het in vele gevallen mogelijk dat in een jaar niet verrekende buitenlandse (bron)belasting op dividenden, interest en royalty's kan worden voortgewenteld naar volgende jaren.

In beginsel is het echter niet mogelijk om de bijbehorende grondslag (netto-inkomsten uit het buitenland) eveneens voort te wentelen naar volgende jaren.



Mede gelet op de financiële crisis is het te verwachten dat meerdere verzekeraars één of meer verliesjaren zullen meemaken. Het gevolg zal dan zijn dat aanzienlijke bedragen aan te verrekenen (bron)belasting zullen moeten worden gestald. Mede omdat de grondslag niet mag worden voortgewenteld is het waarschijnlijk dat bij een aantal belanghebbenden substantiële bedragen aan nog te verrekenen bronbelasting zullen gaan ontstaan.

Het besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2007/664M, bevat tegemoetkomingen in verband met de wijze waarop de verrekeningsruimte wordt berekend. De regelingen betreffen meegekochte- en verkochte rente en timingverschillen. De tegemoetkomingen zijn nuttig maar niet voldoende om de problematiek op te vangen die ontstaat omdat de grondslag zelf niet kan worden voortgewenteld.

Vanwege de aanwezigheid van verliesjaren doet het probleem zich nu in verhevigde mate voor.

Om de verrekeningsmogelijkheden niet verloren te laten gaan, pleiten wij voor een aangepast beleid met een verruiming van de mogelijkheden om de grondslag voort te wentelen.

3 – Verrekenprijzen

Een trend is dat binnen concern steeds vaker diensten worden ingekocht “over de grens”. Het gaat bijvoorbeeld om IT-diensten of administratieve diensten.

Belastingdiensten in vele landen zijn terughoudend bij het als aftrekbaar accepteren van kosten die buiten de eigen landsgrenzen zijn gemaakt. Vaak ontstaan hierover discussies waarbij de betreffende fiscale autoriteiten de positie innemen dat de kosten geheel of gedeeltelijk niet in aftrek kunnen worden gebracht. Vervolgens is het denkbaar dat compromissoire oplossingen worden bereikt, maar dan blijft het probleem van de dubbele belasting toch bestaan omdat in het ontvangende land de vergoedingen volledig worden belast.

Een mogelijke bijdrage aan de oplossing is om in verdragsonderhandelingen te streven naar het opnemen van het mechanisme van de verplichte corresponderende correcties.

4 – Vaste inrichtingsproblematiek: toepassing vrijstellingsmethode

Ten aanzien van situaties waarin een Nederlandse vennootschap haar onderneming in het buitenland uitoefent middels vaste inrichtingen, is met betrekking tot de belastingheffing van buitenlandse vaste inrichtingen het volgende gesignaleerd.

In een aantal landen (waaronder OESO-leden) waarmee Nederland een verdrag ter vermijding van dubbele belasting heeft gesloten – waarin de toerekening van inkomensbestanddelen aan de vaste inrichting wordt geregeld – komt het (nog steeds) voor dat bepaalde inkomensbestanddelen, zoals rentebaten op ‘leningen’ van de vaste inrichting aan het hoofdhuis, welke doorgaans vanuit (Nederlands) fiscaal optiek niet in aanmerking worden genomen, aldaar in de belastingheffing worden betrokken. Dit betreft voornamelijk landen die de statutaire jaarrekening ook voor fiscale doeleinden volgen (zoals Duitsland, Denemarken en de meeste Oost-Europese landen). In de statutaire jaarrekening van de buitenlandse vaste inrichting wordt een interestbate afkomstig van het hoofdhuis gerapporteerd, die tevens voor



fiscale doeleinden in aanmerking wordt genomen. Deze situaties leiden tot dubbele belastingheffing; de interne interestbaten worden in de staat waar de vaste inrichting is gevestigd in de belastingheffing betrokken, terwijl hiervoor op niveau van het Nederlandse hoofdhuis in beginsel geen vrijstelling wordt gegeven.

Voor Nederlandse bedrijven, die hun onderneming in het buitenland uitoefenen door middel van een vaste inrichting, is het van belang dat de verdragspartners een eenduidig beleid nastreven ten aanzien van welke inkomensbestanddelen, in welke staat in de belastingheffing kunnen worden betrokken.

Artikel 7 OESO Modelverdrag

Op 17 juli 2008 is het "Report on the attribution of profits to permanent establishments" van de OESO verschenen. Voor Nederlandse verzekeraars die hun onderneming in het buitenland uitoefenen middels een vaste inrichting is het van belang dat de verschillende betrokken (buitenlandse) belastingautoriteiten (van de bij de OESO aangesloten staten) pragmatisch omgaan met het vraagstuk rondom winstallocatie met als doel dat de wereldwinst van de gehele onderneming slechts eenmaal wordt belast en dat derhalve geen dubbele belastingheffing plaatsvindt.

Men kan zich voorstellen dat men bij de uitwerking van het rapport in de praktijk in verschillende landen tegen discussies over de winstallocatie aanloopt, hetgeen tot gevolg kan hebben dat inkomensbestanddelen tweemaal (eenmaal in het vestigingsland van het hoofdhuis en eenmaal in het vaste-inrichtingsland) worden belast. Het verzoek aan de Nederlandse overheid is dan ook bij verdragsonderhandelingen op te roepen tot een flexibele opstelling van de verschillende belastingautoriteiten in dit verband.

Uiteraard is een dergelijke flexibele opstelling ook wenselijk ingeval Nederland verdragsonderhandelingen voert met landen die niet bij de OESO zijn aangesloten.

5 – Fonds voor gemene rekening

Het fonds voor gemene rekening is in het internationale verkeer een relatief onbekende rechtsfiguur.

Praktische problemen kunnen zich voordoen bij het verkrijgen van verdragsvoordelen ten behoeve van het fonds of haar participanten.

Met name het concept van de gesplitste juridische en economische eigendom van de bezittingen van het fonds leidt tot verwarring. De juridische eigendom berust bij de bewaarder en de economische eigendom bij de participanten.

Binnen het verdragsbeleid en in het kader van verdragsonderhandelingen kan meer worden ingezet op uitleg van de rechtsfiguur en expliciete vastlegging in het verdrag van de positie van het fonds en haar participanten.



6 – Collectief verzoek (buitenlandse) transparante entiteit: wederzijdse faciliteit

Nederland heeft ten behoeve van buitenlandse fiscaal transparante lichamen de mogelijkheid in het leven geroepen om collectief – namens de participanten - te verzoeken om teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting (besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/1527M).

Een verbetering zou kunnen worden bereikt, indien het mogelijk zou zijn om bij verdragsonderhandelingen vergelijkbare (wederzijdse) faciliteiten tot stand te brengen ten behoeve van Nederlandse transparante lichamen.

7 – Capital gains tax bij herstructurering binnen concern

In bepaalde landen wordt “capital gains tax” geheven bij vervreemding van aandelen in een in het betreffende land gevestigde groepsvennootschap. Belastingverdragen bieden niet altijd bescherming tegen belastingheffing over de “capital gain”.

In verband met mogelijke herstructurerings binnen een internationale groep zou meer flexibiliteit kunnen worden bereikt indien verdragspartners, die een dergelijke “capital gains tax” kennen, bereid zouden zijn om terug te treden bij reorganisaties, fusies, herstructurerings enz. binnen de groep op basis van een ruime verdragsbepaling (in plaats van meer restrictieve lokale wetgeving – if any).

8 - Herverzekeringen

Aandacht wordt gevraagd voor het US-wetsvoorstel HR 3424 (House of Representatives, 20 July 2009). Dit voorstel, ingediend door Representative Richard Neal, betreft de beperking van aftrekbaarheid van door de US betaalde herverzekeringspremies aan affiliates. Het voorstel kan leiden tot dubbele belastingheffing: belastbaarheid zowel in de US als in het vestigingsland van de herverzekeraar. Het voorstel geeft de non-US affiliate de mogelijkheid te opteren voor een US insurance branch zonder verdragsvoordelen. Als bijlage is de reactie van de gezamenlijke Europese verzekeraars, verenigd in het CEA, bijgesloten.

9 – Uitvoeringspraktijk

Het is/blijft van belang dat zo spoedig mogelijk na het tot stand komen van een verdrag op zoveel mogelijk onderwerpen waarvoor vermindering/vrijstelling kan worden geclaimd standaard uitvoeringsvoorschriften door beide verdragspartners worden vastgesteld.

Het kan voorkomen dat zich praktische uitvoeringsproblemen voordoen bij het daadwerkelijk inroepen van verdragsvoordelen of bij het doorlopen van administratieve procedures, die door verdragspartners in het leven zijn geroepen.


Wij begrijpen dat bij “IFZ” al een behoorlijke werkdruk bestaat, maar desondanks denken wij dat een verbetering zou kunnen worden bereikt indien bij IFZ een “aanspreekpunt” zou

bestaan. Het aanspreekpunt zou in concrete gevallen bijstand kunnen verlenen, bijvoorbeeld door het benutten van bestaande contacten in het andere land.

Wij zijn uiteraard gaarne bereid om onze punten nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

i. o.



Voorzitter Commissie Belastingzaken

Bijlage: CEA response to bill H.R. 3424



CEA response to bill H.R. 3424 on the deductibility of reinsurance premiums paid to affiliates

CEA reference:	TAX-USR-09-029	Date:	5 October 2009
Referring to:	H.R. 3424		
Related CEA documents:			
Contact person:	Cláudia Sousa, Policy Advisor Taxation	E-mail:	sousa@cea.eu
Pages:	9		

Summary

The CEA would like to express its opposition to bill H.R. 3424 on the deductibility of reinsurance premiums paid to affiliates (the "Proposal"), which was introduced in the House of Representatives on 30 July 2009 by Representative Richard Neal. The CEA opposition is based on the following reasons:

1. The US reinsurance market would be negatively affected by this Proposal
 - Reinsurance is used for economic reasons, mainly for spreading and diversifying risk –it is not designed for tax avoidance, regardless of whether it is with an independent third party or an affiliate.
 - The Proposal would negatively affect the US reinsurance market by:
 - Severely restricting access to global capital, a scarce resource given the current financial market conditions.
 - Reducing the supply of available reinsurance (non-affiliated and affiliated combined) by about 20%.
 - This would particularly affect insurance for high-risk exposures, such as natural catastrophe and product liability, since European reinsurers provide a vital share of US catastrophe reinsurance.
 - Due to the expected decrease in reinsurance capacity, the Proposal would lead to a general reduction in competition in the US insurance market.
2. The negative impact of the Proposal on insurance pricing and capacity
 - As the Proposal would restrict access to global capital, reinsurance costs would be higher and therefore insurance pricing would be likely to increase.
 - The Proposal would not save or create US jobs but rather increase the price of insurance for US consumers.

3. Issues relating to double taxation and existing treaties

- The Proposal would limit the deductibility of net insurance premiums paid to non-US affiliates and would lead to double taxation, as they would be included in taxable income in both the US and the reinsurer's country of residence
- The possible election to be taxed as an US insurance branch without treaty benefits would contravene elementary structures of international taxation. This means that the US would fail to comply with the obligations in the double tax treaty network in force.
- The Proposal violates treaty rules designed to prevent discrimination against foreign-owned companies, as it creates inconsistent and unfavourable treatment for foreign-owned companies, while permitting US-owned companies to take advantage of placing reinsurance with a foreign tax jurisdiction.

4. Adequate tools to deal with "income shifting" are already in force in the US

- The Proposal assumes that all reinsurance agreements are highly profitable to the reinsurer (despite recent indisputable proof to the contrary) and hence wrongly considers all affiliate reinsurance doubtful or even abusive.
- Based on this false comparison to earnings stripping, the formula proposed in the Proposal is unjustifiably punitive with respect to legitimate risk-transfer agreements.
- The current US law already includes adequate tools for dealing with "income shifting" by a US insurance subsidiary to a foreign affiliate reinsurer.

5. The European tax jurisdictions

If the aim with the Proposal is to limit the amount of "earnings stripping" to low tax jurisdictions, it is worth mentioning that the average tax burden in Europe amounts to approximately 25%, comparable to effective US corporate tax rates, and is even higher in the most common reinsurance markets.

Expected consequences of the Proposal

The Proposal would disallow deductions for "excess" reinsurance premiums with respect to US risks paid to affiliated insurance companies. The "excess amount" would be the comparison of the insurer's ceded reinsurance premium to an industry fraction, by line of business (derived from the average amount of reinsurance sent to unrelated parties by US companies two calendar years prior). Additionally the Proposal allows foreign groups to avoid the deduction disallowance by electing to be treated as a US taxpayer with respect to the income from affiliate reinsurance and waiving all benefits otherwise obtainable under a double tax treaty.

The Proposal imposes a punitive, discriminatory double "tax" on the US insurance activities of foreign insurance and reinsurance groups, as it would only apply to affiliated reinsurance with *foreign* reinsurers. If enacted, the Proposal would damage these US businesses and increase the cost of insurance coverage for American consumers and businesses in a severe recessionary environment.

The CEA has contributed to this discussion in the past, most recently with comments dated 27 February 2009 on the Senate staff discussion draft that contained an outline very similar to the Proposal.

1. The negative impact of the Proposal on the reinsurance market

Reinsurance is necessary for any insurance company to manage its risks and is therefore used for valid business reasons, such as:

- to provide additional capacity,
- to diversify risk,
- to allow a company to manage risks that fall outside its underwriting parameters while retaining other insurance business,
- to allow a company to enter new lines of business, and to protect against losses that could threaten a company's solvency.

In addition, reinsurance buyers require and need highly capitalised companies with effective regulations that can sustain major losses without risk of insolvency.

Reinsurance is used for economic reasons – not for tax purposes.

1.1 Role of foreign-based reinsurance in the US economy

The US market needs a significant amount of reinsurance capacity. A considerable amount of reinsurance acquired each year by US insurance companies is from non-US reinsurers.

- The IAIS Global Reinsurance Market Report 2008 (Annex 1) clearly shows that European reporting entities were a net recipient of US risk, with a positive premium balance between gross written premiums assumed and ceded of \$35.2 billion. In contrast, North American reporting entities were, as a whole, a net cedant of risk with a negative premium balance of \$14.9 billion. This demonstrates the need for non-US reinsurance.

The Reinsurance Association of America (RAA) data on offshore reinsurance in the US market (RAA Data) for 2008 (Annex 2) show that the total US premium ceded to non-US reinsurers was \$58.2 billion, a -0.3% decrease as compared to 2007. Net recoverables amounted to \$121.2 billion, an increase of 7.3% from \$113 billion in 2007. That is, foreign reinsurance brought nearly twice the amount of claims payments into the US than premium it took out of the US during the same period.

Given the above figures, it is clear that European reinsurers have an important role to play in the US market and for US citizens. It is also clear that European reinsurers have often suffered heavy losses from affiliate reinsurance in the US through claims payments. Without these taxable reinsurance recoveries received by US insurers, US tax revenues would have been lower.

- Two-thirds of reinsurance to protect insurers of homes and businesses in the US from hurricanes and earthquakes is provided by non-US reinsurers. Foreign reinsurers write business in particularly high risk sectors, e.g. volatile, high severity, low frequency business like property catastrophe (hurricanes, earthquakes), medical malpractice, directors' and officers' liability and crop insurance. Foreign reinsurers provide capacity for state windstorm pools, for homeowners threatened by Atlantic Coast hurricanes and California earthquakes. Significant portions of the US market for these hard-to-place lines of business are thus supplied by European insurance companies.

- The 11 September 2001 tragedy made clear the importance of non-US insurance and reinsurance to the US economy, since more than 60% of the World Trade Center claims were paid by non-US reinsurers. According to a recent economic study by The Brattle Group, "more than 60 percent of the \$59 billion in payments for the 2005 hurricane trio (Katrina, Rita and Wilma) came from foreign insurers and reinsurers, and the distribution of payments for the attack on the World Trade Center is similar."¹

Thus, especially in view of the catastrophes of the last decade, European reinsurers provide an essential share of US catastrophe reinsurance and have often suffered heavy losses from reinsurance in the US. The introduction of a discriminatory tax on those reinsurance agreements would negatively affect the availability and price of insurance to US consumers, businesses and local governments. The Brattle Report concludes that such legislation would reduce the supply of reinsurance (non-affiliated and affiliated combined) by 20%.

1.2 Role of affiliated reinsurance in the US economy

Affiliate reinsurance is used for the same purpose as independent third-party reinsurance: It provides additional capacity and creates resiliency to handle large loss events through the use of diversification effects. Furthermore, it may allow certain types of risks to be pooled in an insurance group, and thus creates insurance capacity in cases where, without reinsurance, insurance would not even be offered or would be too expensive.

- Current figures show that affiliate reinsurance transfers substantial economic risks. The RAA Data for 2008 on affiliated offshore reinsurers in particular (Annex 3), show that net recoverables of \$77 975 million were reported in 2008 compared with ceded premiums of \$33 158 million in the same period. The same data also show that in 2007 net recoverables of \$74 489 million were reported compared with ceded premiums of \$33 786 million in the same period. This indicates that for those two years, US insureds received more from offshore reinsurers than those reinsurers received in premiums from US insureds.

Reinsurance premiums, whether paid to an independent third party or to affiliated reinsurers, are business expenses and therefore tax deductible. The ceding insurer receives a ceding commission, which is taxable in the US, and the reinsurance premiums are taxable income in the reinsurer's country of residence. In the case of reinsurance, any losses have to be borne by the reinsurer, thus no recognition and no tax deduction of these losses in the hands of the US ceding company arises, as any reinsurance recoveries are included in the ceding company's income. Therefore, reinsurance does not mean "shifting income" to another country, but the transfer of risk, and increased taxable income in the US in those instances where the business turns out to be non-profitable or even loss-making. This clearly differentiates reinsurance from financing and therefore, it is inaccurate to characterise reinsurance as "transfer of a stream of positive income". Moreover according to recent experience and statistics, as illustrated above, a reverse stream of income has arisen, since European reinsurers have suffered heavy losses from affiliated reinsurance of US risks.

- As the "Brattle report" explains, affiliated reinsurance is the answer to the issues of adverse selection and moral hazard. "If the insurer and reinsurer are part of the same corporate group, their incentives are better aligned: vertical integration "internalizes" the costs of adverse selection/moral hazard. This is especially important with respect to infrequent, high-loss events such as natural catastrophes, where the information asymmetry is most pronounced."

Whether with an independent third party or an affiliate, reinsurance is therefore clearly not designed for tax avoidance. US tax authorities and its insurance regulators closely scrutinise affiliated reinsurance transactions to confirm whether appropriate business purposes and risk-transfer conditions exist. The reasons behind the increase of affiliated reinsurance are economic and do not serve purposes such as tax avoidance.

¹ Brattle Report CRAGG, Michael, ZHOU, Bin (the Brattle Group) and CUMMINS, J. David (Fox School of Business, Temple University and The Wharton School, University of Pennsylvania). *The Impact on the US Insurance Market of a Tax on Offshore Affiliate Reinsurance: An Economic Analysis*. May 1, 2009.

1.3 The Proposal distorts competition and does not lead to a level playing field

The proposed limitation of reinsurance premium deductibility to the industry average would disallow affiliate reinsurance deductions if even modest amounts were reinsured. Foreign-based insurers, unlike their US counterparts, would be subject to a single limit for both non-affiliate and affiliate reinsurance combined. In effect, the Proposal concludes that any reinsurance with a foreign affiliate is abusive; an interpretation that is clearly wrong and that puts foreign reinsurers at a disadvantage compared to US reinsurers.

Moreover, if the Proposal was adopted, it would restrict the ability of US insurers to accept certain types of risk and limit their ability to use capital efficiently. It is worth noting that many of the US companies in favour of the Proposal themselves use affiliate reinsurance extensively, within the US, so that they can pool similar business and employ capital efficiently.

Therefore, the Proposal would not contribute to creating a level playing field; on the contrary, it would deliberately reduce competition in the US insurance market, resulting in higher prices and less capacity for US consumers.

2. The negative impact of the Proposal on insurance pricing and capacity

2.1 Foreign reinsurance is advantageous to US consumers

The result of an adoption of the Proposal would:

- Impede access to essential capital needed by US insurers,
- Prevent companies from making efficient use of capital, lead to a reduction in the capacity of US insurers, to the detriment of US customers, whether residential or business,
- Inhibit US insurers' ability to offer insurance protection, therefore reducing competition and as a result increasing US market prices.

Additionally, reduced competition would allow US (re)insurers to enjoy relief from competitive pressure on insurance rates, an effect that also leads to higher prices for US consumers. Particularly in a challenging financial environment, tax policy should not create impediments to competition in the US market that would increase costs or reduce coverage for consumers.

The Brattle Report shows that the Proposal *"would increase the price of insurance by 1.8-2.1 percent, on average, and as much as 16 percent in some lines of business"*², costing insurance consumers \$10 to \$12 billion per year and being particularly onerous for disaster-prone states.³

Furthermore, without sufficient foreign reinsurance, consumers would have greater difficulty finding adequate insurance for their specific risks.

The Proposal would severely restrict access to global capital, a scarce resource considering the current financial market turmoil, and it would not save or create a single extra US job but rather increase the price of insurance for US consumers.

² Brattle Report CRAGG, Michael, ZHOU, Bin (the Brattle Group) and CUMMINS, J. David (Fox School of Business, Temple University and The Wharton School, University of Pennsylvania). *The Impact on the US Insurance Market of a Tax on Offshore Affiliate Reinsurance: An Economic Analysis*. May 1, 2009.

³ Id.

3. Issues relating to existing treaties and sovereignty rights of other jurisdictions

3.1 The Proposal causes double taxation

The Proposal would limit the deductibility of net insurance premiums paid to non-US affiliates and would lead to double taxation, given their inclusion in taxable income in both the US and the reinsurer's country of residence. Even if claims payments are made later on, these payments are treated as income in the US – notwithstanding the fact that the reinsurance premium has never been tax deductible. This is a mismatch and a clear inequity in the Proposal.

3.2 Election to be taxed as an insurance branch without treaty benefits

In an attempt to weaken a violation of the non-discrimination principle, the Proposal provides an election for non-US reinsurers to incur US taxation on reinsurance income from US affiliates. If elected, reinsurance income could be taxed under branch tax rules as effectively connected with the conduct of a US trade or business. The result would be modified by rules for insurance branches that require taxation of net investment income using a formula approach. The tax election would require the non-US reinsurer to waive any US tax treaty benefits with respect to the taxation of US affiliated reinsurance income.

Apart from the concerns about treaty violation discussed below, the election does not fairly tax a non-US insurer. The election would capture potentially more tax on the reinsurance income. The formula approach for taxing deemed insurance income typically overstates taxable investment income when compared to actual investment income. Furthermore, the entire affiliated non-taxed premium, not just the non-deductible portion, paid to the non-US reinsurer is treated as taxable income. Finally, the waiver of treaty benefits could subject the branch to a 30% withholding tax on actual or deemed remittances of remaining branch profits that otherwise would be eligible for a lower withholding tax rate under an applicable treaty. Consequently, up to a 55% US tax could apply to US affiliated reinsurance income.

3.3 The Proposal violates US double tax treaties – business income

Primarily, the US tax election provision reveals the sponsor's very real concerns about the Proposal's violation of the non-discrimination principle. However, it is equally clear that the addition of this provision would not avoid tax treaty challenges.

- This provision ignores Art. 7 OECD Model Convention, which is of central importance regarding the avoidance of double taxation in the international taxation of business profits. Art. 7 states the principle that an enterprise of one State shall not be taxed in another State unless it carries on business in that other State through a permanent establishment. If a foreign corporation has no permanent establishment in the US within the meaning of Art. 5 OECD Model Convention the right to tax business profits (e.g. reinsurance premiums) is allocated exclusively to the state of residence of the foreign company. Also see Articles 5 and 7 of many US tax treaties and in the 2006 US Model Income Tax Convention.
- Even if a foreign company has a permanent establishment in the US, the second principle reflected in Art. 7, states that the US right to tax does not extend to profits (e.g. reinsurance premiums) that the foreign company may derive from the US but that are not attributable to the permanent establishment. This "force of attraction" approach has been rejected by international tax treaty practice.

Furthermore, the election envisaged in the Proposal inevitably results in double taxation since the US tax paid is not allowed as credit against the tax paid in the state of residence of the foreign company. Art. 23 B OECD Model Convention provides that the relief from double taxation requires taxation in accordance with the provisions of the Convention.

Thus, the election at stake would contravene elementary structures of international taxation and therefore should not be upheld. Otherwise the US would fail to comply with the obligations grounded on the double tax treaty network in force.

3.4 The Proposal violates US double tax treaties – non discrimination

The non-deductibility constitutes a clear violation of tax treaties signed by the US. The Proposal deviates from the non-discrimination principle and is therefore inconsistent with decades of US tax and trade policy. In particular, it contradicts existing US OECD-based double taxation treaty obligations and WTO commitments.

In particular, the Proposal violates treaty rules designed to prevent discrimination against foreign-owned companies. Under the Proposal, the US insurance affiliate of a European company would lose the deduction for affiliate reinsurance. This denial would violate the non-discrimination provision of the prevailing Double Tax Treaty.

- According to Art. 24 Sec. 1 OECD Model Convention, "nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected."
- As further explained in the commentary on Art. 24, "this paragraph establishes the principle that for purposes of taxation discrimination on the grounds of nationality is forbidden, and that, subject to reciprocity, the nationals of a Contracting State may not be less favourably treated in the other Contracting State than nationals of the latter State in the same circumstances."
- As an example, the Proposal violates Art. 24 Sec. 3 of the Double Tax Treaty between the US and Germany that provides that "disbursements" paid by an enterprise of one treaty country to a resident of the other treaty partner "shall, for purposes of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State."

It also violates the provisions of the Double Tax Treaties signed by the US with several European countries, such as Germany, France, Switzerland, Italy, Ireland and the UK, based on Art. 24, Sec. 5 of the OECD Model Convention, stating that *"Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith that is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected."*

The Proposal would not only penalise foreign-owned insurers for reinsuring with affiliates, but would also allow their US based competitors to reinsure with the same jurisdictions without penalty. It therefore creates inconsistent and unfavourable treatment for foreign-owned companies, while permitting US-owned companies to take advantage of placing reinsurance with a foreign tax jurisdiction. Whereas European reinsurers and their US-affiliated insurers would therefore suffer from the denial of reinsurance premiums, their US competitors would be able to take the deduction – not only a clear violation of the Double Tax Treaties, but also further proof of the violation of a level playing field in the US insurance market, as previously described in point 1.3. Ultimately, affected countries may retaliate with tax laws penalising US companies doing business abroad.

4. Adequate tools to deal with "income shifting" already in force in the US

The main aim of the Proposal is to limit the amount of "earnings stripping" by disallowing the interest deduction over a certain threshold. Nevertheless, this fails to consider the acknowledged economic purpose of reinsurance and the long-term tradition of US tax policy, based on the arm's-length standard for related-party cross-border transactions.

4.1 Reinsurance is fundamentally different from earnings stripping

"Earnings stripping" involves the transfer of (positive) income via interest payments to a foreign affiliate. In contrast, because reinsurance involves "risk transfer" and not financing, reinsurance contracts also involve the transfer of losses (i.e. deductions) from the US-based insurer to its foreign affiliate. Whether or not the contract is profitable becomes apparent only afterwards; the Proposal's assumption that all ceded reinsurance premium is profit is simply and dramatically wrong. Although a reinsurance company expects that its losses will not exceed its income on a particular contract, the actual profit or loss may vary substantially from the projections at the time the business is written.

The Proposal assumes that all reinsurance agreements are highly profitable to the reinsurer (despite recent indisputable proof to the contrary) and hence wrongly considers all affiliate reinsurance doubtful or even abusive.

Based on this false comparison to earnings stripping, the formula in the Proposal is unjustifiably punitive with respect to legitimate risk-transfer agreements.

4.2 Transfer pricing rules are adequate means to combat non-arm's length reinsurance transactions

The transfer pricing rules of US Internal Revenue Code § 482 already empower the IRS to make adjustments necessary to prevent tax evasion or more clearly reflect income earned by US companies. In addition, the special rules of US Internal Revenue Code § 845 on related-party reinsurance further allow the IRS to make adjustments to fully reflect the income of the US insurance company. In the American Jobs Creation Act of 2004, these related party reinsurance rules were amended to further strengthen the IRS's authority to enforce arm's-length pricing in affiliate reinsurance contracts.

Foreign-owned companies annually prepare the necessary studies to support their transfer pricing of affiliate reinsurance, and these are available to IRS agents in tax audits. Their tax directors are very much aware of the need to price and document inter-company transactions, such as reinsurance, correctly to avoid substantial tax penalties.

Considering the above, the current US law already comprises adequate tools to deal with "income shifting" by a US insurance subsidiary to a foreign affiliate reinsurer. No more specific measure is needed.

5. The European tax jurisdictions represented by the CEA

5.1 European Union (EU) countries, especially the main reinsurance markets, are not low-tax jurisdictions

Although not expressly said in its text, we assume the purpose of the Proposal is to prevent income shifting from US to foreign low and no-tax jurisdictions.

Cross-border reinsurance, whether with a related or unrelated party, moves the risk of loss to the non-US entity. Profits or losses on premiums associated with this risk are respectively taxed or deducted abroad where the risk now resides and, specifically in the European countries represented by the CEA, the reinsurance premiums paid to reinsurers are subject to local corporate taxation. In this context, it is worth noting that the average tax burden within Europe amounts to approximately 25%, comparable to US corporate effective tax rates, and is even higher in the most common reinsurance markets.

If the Proposal came into force, especially with regard to Europe, the violation of double tax treaties would therefore lead to an unjustifiable double-taxation of reinsurance premiums.

5.2 EU takes care of harmful tax competition

Moreover, the EU has several political instruments in force to prevent harmful tax competition with regard to the tax base. One example is the Code of Conduct for business taxation set out in the conclusions of the Council of Economic and Finance Ministers (ECOFIN) of 1 December 1997 ("the Code"). Although the Code is not a legally binding instrument, it has political force.

By adopting the Code, the EU ECOFIN Council recognised and welcomed the positive effect of fair competition. The Code was specially conceived to spot the measures that unduly influence the location of business activity in the EU by being aimed only at non-residents and granting them a more advantageous fiscal treatment than that which is normally available in the Member State concerned. To identify such harmful measures, the Code determines the criteria against which any potentially harmful measures are to be tested and requires Member States to abstain from establishing any new harmful tax measures ("standstill") and alter any laws or practices that are considered to be harmful in respect of the principles of the Code ("rollback").

Based on the above the CEA is convinced that the Proposal, if adopted, will not bring any benefits at all to US competition or US consumers.



The CEA remains at your disposal and looks forward to assisting in all the issues mentioned above, as well as in any other questions that arise in the course of discussions.

The CEA is the European insurance and reinsurance federation. Through its 33 member bodies – the national insurance associations – the CEA represents all types of insurance and reinsurance undertakings, eg pan-European companies, monoliners, mutuals and SMEs. The CEA represents undertakings that account for approximately 94% of total European premium income. Insurance makes a major contribution to Europe's economic growth and development. European insurers generate premium income of €1 100bn, employ more than one million people and invest over €6 800bn in the economy.



Unilever N.V.

Aantekenen

Ministerie van Financiën
T.a.v. Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Weena 455
3013 AL Rotterdam

T
Telefax 21111
www.unilever.com

Rotterdam, 8 oktober 2009

Betreft: Consultatie fiscaal verdragsbeleid

Ministerie van Financiën
IT-2-09-739
Ontv. 13-10-09
Uitl. afdoening 7-12-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Geachte heer/mevrouw,

Het Ministerie van Financiën is op 31 augustus 2009 een consultatie gestart over de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid. Unilever denkt graag mee, vandaar onderstaande puntsgewijze opsomming van de wat Unilever betreft belangrijkste aandachtspunten ten aanzien van het Nederlandse fiscaal verdragsbeleid.

Belangrijkste aandachtspunten Nederlands fiscaal verdragsbeleid:

- Nederland heeft in de vorige eeuw een voorsprong opgebouwd wat betreft het aantal gesloten en in werking getreden belastingverdragen en de daarin opgenomen (bronbelasting)condities. Door een inhaalslag van andere landen wordt deze voorsprong echter langzaam teniet gedaan. Voor een klein land als Nederland is een uitstekend fiscaal verdragennetwerk een must. Unilever ziet dan ook graag dat de voorsprong wordt behouden door het sluiten van nieuwe belastingverdragen en het regelmatig herzien van de bestaande verdragen.
- Wat betreft Unilever ligt de prioriteit bij het sluiten van belastingverdragen met Chili, Colombia, Ecuador en de Dominicaanse Republiek. Daarbij zou Unilever graag zien dat de bronbelastingpercentages in de verdragen met Turkije, Thailand, Indonesië, Italië en Brazilië worden verlaagd.
- Een belangrijk onderdeel van de Effective Tax Rate van grote ondernemingen als Unilever is de bronbelasting op dividenden, interest en royalty's. Unilever is zich ervan



bewust dat bronbelastingen voor ontwikkelings- en in opkomst zijnde landen een belangrijke bron van inkomen zijn en begrijpt dat vermindering van bronbelasting tot nihil in grensoverschrijdende situaties met dergelijke landen een utopie en wellicht zelfs onwenselijk is. Unilever ziet dan ook graag dat het Ministerie ernaar streeft de bronbelasting in belastingverdragen met ontwikkelings- en in opkomst zijnde landen te beperken tot vijf of eventueel tien procent en in de verdragen met overige landen te verminderen tot nihil. Voor de volledigheid benadrukken wij dat de Interest en Royalty Richtlijn voor multinationals als Unilever vaak geen soelaas biedt voor interest en royalty betalingen binnen Europa, aangezien rechtstreekse verbondenheid vaak niet aan de orde of mogelijk is.

- Unilever heeft er niet voor gekozen deze consultatieronde te gebruiken voor het geven van specifiek technisch commentaar op de belastingverdragen, temeer daar dit gezamenlijk met andere ondernemingen wordt gedaan.
- De belangrijkste geschillen omtrent belastingverdragen spelen zich af in de begripsbepaling. Het publiceren van correspondentie, notulen en andere documentatie die ten grondslag hebben gelegen aan het belastingverdrag zou wat Unilever betreft zeer welkom zijn.
- Vooral in Azië blijken lokale autoriteiten de prevalerende werking van belastingverdragen niet altijd te onderkennen; niet zelden worden service fees door lokale autoriteiten belast met bronbelasting, in strijd met het belastingverdrag. Unilever kan daartegen vaak geen vuist maken. Voor grote ondernemingen als Unilever zou het dan ook zeer welkom zijn als het Ministerie de prevalerende werking van het belastingverdrag (nogmaals) expliciet onder de aandacht brengt van de betreffende landen.

Mocht u nog vragen hebben, dan horen wij dat graag.

Hoogachtend,

FISCAAL INSTITUUT TILBURG

Ministerie van Financiën	
IF2-09-765	
Ontv.	20-10-09
Uiterl. afdoening	14-12-09
Dossiernummer	
Trefwoord/OSP code	Ministerie van Financiën
Paraaf voor archiveren	Internationale Fiscale Zaken
	Mr. E.A. Visser

Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

*mbk
+ NUTB p.w. v. n.*

Geachte heer Visser, *Beste Edwin,*

Datum
13 oktober 2009

Onderwerp
*Uitgangspunten van het
Nederlands internationale
fiscaal (verdrags)beleid*

Datum uw brief
31 augustus 2009

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

Telefoon

Telefax

E-mail

Hartelijk dank voor de uitnodiging om aandachtspunten aan te dragen voor het formuleren van (nieuwe) uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid. Helaas is door onvoorziene omstandigheden het toezenden van mijn reactie vertraagd. Daardoor heb ik de datum van 1 oktober 2009 niet gehaald. Niettemin hoop ik dat u mijn reactie toch in behandeling kunt nemen. Immers, het nadenken over deze uitgangspunten is, naar ik aanneem, nog in volle gang en ik hoop dat mijn gedachten daaraan nog een waardevolle bijdrage mogen leveren. Ik dank u bij voorbaat hartelijk voor uw mogelijke flexibiliteit.

In de fiscaalwetenschappelijke literatuur en tijdens congressen, seminars en cursussen heb ik tal van ideeën betreffende het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid naar voren gebracht. In deze brief zal ik deze ideeën niet allemaal herhalen. Ik verwijs in dit verband graag naar mijn publicaties. Een overzicht van de meest relevante daarvan heb ik als bijlage aan deze brief toegevoegd. Vele daarvan, zoals publicaties in het Weekblad Fiscaal Recht, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, EC Tax Review en Bulletin for International Taxation, zijn gemakkelijk raadpleegbaar. Van deze publicaties heb ik dan ook geen exemplaar als bijlage toegevoegd, omdat ik er vanuit ga dat het Ministerie van Financiën hiertoe zelf toegang toe heeft. Zo sparen we ook het milieu. Andere publicaties zijn wellicht wat minder gemakkelijk raadpleegbaar. Deze heb ik zoveel mogelijk wel als bijlagen aan de deze brief toegevoegd.

Hieronder zal ik in het kort op een aantal van mijn ideeën ingaan:

1. Als belangrijkste idee wil ik meegeven om belastingverdragen niet langer op het woonplaatsbeginsel, maar op het oorsprongbeginsel te baseren. In mijn proefschrift: "Principle of

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models, PhD thesis
Tilburg University, Eric C.C.M. Kemmeren/Pijnenburg
vormgevers-uitgevers, The Netherlands, Dongen 2001, pp. 1-625,
dat als bijlage is bijgevoegd, heb ik een op het
oorsprongbeginsel *allesomvattend* systeem voor
belastingverdragen ontwikkeld. Een dergelijk systeem zal niet
alleen leiden tot een rechtvaardigere verdeling van
heffingsrechten en bijdragen tot een hogere welvaart, maar zal
ook de kwetsbaarheid van belastingverdragen voor misbruik en
tax planning aanzienlijk verminderen. Natuurlijk ben ik
voorstander voor algehele introductie van het systeem, maar er
zou ook kunnen worden gestart met een aantal onderdelen
daaruit. Een aantal van de hieronder opgenomen ideeën en
publicaties zijn (mede) gebaseerd op dit proefschrift.

2. In dit verband zij betreffende rente het volgende opgemerkt. De
renteaf trek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting,
maar het niet-belasten van de rente. Het belasten van rente bij
de crediteur, onafhankelijk of die binnen of buiten Nederland is
gevestigd, doet meer recht aan het draagkrachtbeginsel, het
profijtbeginsel, het oorsprongbeginsel en het
territorialiteitsbeginsel. Het belasten van rente bij de crediteur
draagt ook bij aan een meer efficiënte allocatie van de
productiefactoren omdat kapitaal- en arbeidimportneutraliteit
meer tot zijn recht komt. Op deze manier wordt het ook
mogelijk om belastingneutraliteit te bereiken tussen financiering
met eigen en vreemd vermogen. Dit heeft, onder andere, als
gevolg dat het opzadelen van overgenomen in Nederland
gevestigde ondernemingen met torenhoge leningen niet langer
fiscaal wordt gestimuleerd.
3. Een principiële bezinning op de functie en vormgeving van de
dividendbelasting is ook dringend gewenst. Er bestaat wel
zeker een rechtvaardiging voor het heffen van een
dividendbelasting door Nederland in een internationale context.
Indien de winsten binnen Nederland hun oorsprong vinden in
daadwerkelijk in Nederland uitgeoefende substantiële
ondernemingsactiviteiten, dan kan een dividendbelasting in het
verlengde van een vennootschapsbelasting een eigen plaats
hebben.
4. In het kader van de huidige dividendbelasting roept de
introductie van de openbare vennootschap met

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

rechtspersoonlijkheid en de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: OVR respectievelijk CVR) een meer dan divers beeld op. Enerzijds creëert zij haar eigen mogelijkheden tot het ontgaan van dividendbelasting door het omzetten van een BV in een OVR/CVR. Anderzijds kan een in een belastingverdragsland gevestigde vennoot van een OVR/CVR of een daarmee vergelijkbare buitenlandse vennootschap niet als uiteindelijke gerechtigde worden aangemerkt. Heffing van dividendbelasting zou op korte termijn dienen te worden voorkomen doordat de Staatssecretaris als uitvoerder toezegt om de heffing analoog aan de Besluiten BNB 1997/168 en BNB 2005/59 te reduceren. Op langere termijn zou in belastingverdragen een specifieke bepaling kunnen worden opgenomen, waarbij het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' als volgt nader zou kunnen worden ingevuld:

"In het geval dat een bestanddeel van het inkomen, de winst of een voordeel verkregen door een persoon dat fiscaal transparant is krachtens het recht van een Staat, dan wordt een deelgerechtigde in die fiscaal transparante persoon aangemerkt als een uiteindelijk gerechtigde van dit bestanddeel voor zover dat bestanddeel voor de toepassing van het belastingrecht van die Staat wordt behandeld als het inkomen, de winst of het voordeel van die deelgerechtigde."

5. Ook betreffende pensioenen zou een op het oorsprongbeginsel gebaseerd stelsel uitkomst bieden, onder andere, om de prikkel tot fiscaal geïndiceerde emigratie weg te nemen. In dit kader, maar ook los daarvan, zou het goed zijn om het begrip 'pensioen' in de belastingverdragen te definiëren. Daartoe doe ik de volgende suggestie:

"a pension is a periodic or non-periodic payment that primarily aims to secure the livelihood in the old age of former employees, or of their surviving relatives upon the employee's demise, or in respect of disability causing employment to be wholly or partly discontinued, and whose amount is reasonable in view of the period of service and the employment income earned."

6. De Hoge Raad heeft de stamkapitaaltheorie voor het Nederlandse internationaal en nationaal belastingrecht expliciet verworpen. De OESO heeft de stamkapitaaltheorie echter wel expliciet omarmd. Dit betekent dat deze OESO-lijn alleen in het Nederlandse belastingverdragenrecht kan worden geïmplementeerd indien daartoe een expliciete bepaling in de

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

belastingverdragen wordt opgenomen. In die zin is de voorgestelde wijziging van art. 7 OESO-Modelverdrag dan ook passend.

7. Ten aanzien van buitenlandse belastingplichtigen met een vaste inrichting in Nederland is de toepassing van de thingcap-regel van art. 10d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 problematisch en in geval van het van toepassing zijn van een belastingverdrag zelfs onmogelijk. Dit laatste probleem zou alleen kunnen worden weggenomen door middel van een expliciete bepaling in een belastingverdrag op te nemen die de toepassing sauveert. Deze oplossing heeft niet mijn voorkeur en thingcap-regels zijn ook overbodig, indien de heffingsrechten betreffende rente overeenkomstig het oorsprongbeginsel zouden worden gealloceerd.
8. Vanwege de mondialisering van de economie en de ICT ontwikkelingen zal het steeds minder vaak voorkomen dat de werkelijke leiding van een vennootschap maar op één plaats wordt uitgeoefend. Dientengevolge zal er in een toenemend aantal gevallen geen enkelvoudige plaats van werkelijke leiding van lichamen meer zijn aan te wijzen en kan de huidige tiebreaker in belastingverdragen zijn werk niet meer doen. Daardoor blijft de dubbele vestigingsplaats van de vennootschap in stand. Hierdoor kan niet alleen dubbele belasting, maar ook een double dip in stand blijven. Beide resultaten zijn ongewenst. Met dubbele belasting of double dips wordt de belastingneutraliteit niet gediend, waardoor afbreuk wordt gedaan aan het level playing field voor ondernemingen. Daardoor wordt ook de interne markt van de EG geen dienst bewezen. Belastingverdragen zouden belastingjurisdictie exclusief moeten toewijzen aan de staat waarin het inkomen wordt geproduceerd (het oorsprongbeginsel).
9. Naar aanleiding van het arrest *Renneberg* is het nuttig om ten behoeve van de bronstaat in de belastingverdragen een inhaalregeling op te nemen betreffende inwoners van de andere verdragssluitende staat, indien de bronstaat grond van het Europese recht negatief inkomen (inclusief vermogensverliezen) uit bronnen buiten de bronstaat in aanmerking dient te nemen.
10. Artikel 2.5 Wet IB 2001 zou dienen te worden vervangen. De inwonerbehandeling is conceptueel een geval van

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

overconceptie, terwijl zij in haar technische uitwerking onderdelen bevat, die als overkill zijn aan te merken. Kortom, een regeling die geen continuering verdient. Als alternatief zou kunnen worden gekozen om in Nederland met de persoonlijke en gezinsomstandigheden van niet-inwoners naar evenredigheid van hun Nederlandse inkomen ten opzichte van hun wereldinkomen rekening te houden. Daarbij zou de regelgeving zich in eerste instantie kunnen beperken tot die gevallen, waarin die omstandigheden niet elders, bijvoorbeeld in de woonstaat van de buitenlandse belastingplichtige, in aanmerking worden genomen. Zo worden ook dubbele dips voorkomen. Verder zouden in dit alternatieve systeem de inkomsten uit Nederlandse bron dienen te worden belast tegen een tarief, dat is gebaseerd op het wereldinkomen van de buitenlandse belastingplichtige. Met een dergelijk systeem wordt ook recht gedaan aan het gelijkheidsbeginsel, het draagkrachtbeginsel, het Europese recht en de belastingverdragen.

11. Voorzover niet zou worden overgestapt op een op het oorsprongbeginsel gebaseerd systeem van verdeling van heffingsbevoegdheden, zou betreffende exitheffingen kunnen worden overgestapt op het systeem van de woonplaatsgebonden compartimentering. Dit geldt niet alleen voor exitheffingen betreffende pensioen en lijfrenten, maar ook voor exitheffingen betreffende kapitaalverzekeringen eigen woning, de winstsfeer en aanmerkelijk belang. Betreffende het verplaatsen van vennootschappen zou voor een nadere uitwerking van dit systeem dienen te worden aangesloten bij het systeem van de belastingvrijstelling, zoals dat wordt toegepast in het Nederlandse internationaal belastingrecht bij de duurzame overgang van activa en passiva van een in Nederland gevestigd hoofdhuis naar een in het buitenland gevestigde vaste inrichting. Hierdoor wordt de gerechtvaardigde belastingclaim van de vertrekstaat over de onder zijn belastingjurisdictie ontstane stille reserves veiliggesteld, terwijl ook geen belemmering van de vrijheid van vestiging of het vrije kapitaalverkeer optreedt. Dit systeem zal dan ook bij kunnen dragen aan een verdere ontwikkeling van de interne markt.
12. Betreffende de limitation-on-benefitsbepalingen (hierna ook: LOB) in het belastingverdrag met de Verenigde Staten (art. 26 en 10) zij het volgende opgemerkt. De enige aanvaardbare anti-misbruikregeling ter bestrijding van treaty shopping is, vanuit het Europese recht

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

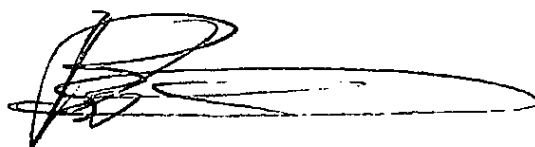
bezien, een activiteitentoets. De in art. 26 opgenomen activiteiten-
toets komt dicht bij wat Europeesrechtelijk aanvaardbaar is.
Daarvan is echter één onderdeel dat zich niet met het Europese
recht verdraagt. Van het begrip bedrijfsmatige activiteiten worden
namelijk beleggingen of het beheren daarvan uitgezonderd. Op
deze uitzondering wordt alleen weer een uitzondering gemaakt voor
banken, verzekeraars en (het beheren van) beleggingen door
effectenhandelaars. Deze uitzondering is te beperkt. Indien
professioneel, bedrijfsmatig, door anderen dan banken,
verzekeraars of effectenhandelaars wordt belegd of beleggingen
worden beheerd, dan worden zij in hun kapitaalverkeer en mogelijk
ook in hun dienstverlening beperkt door het uitsluiten van de
belastingverdragvoordelen. Een objectieve rechtvaardigingsgrond
daarvoor is niet voorhanden. Bij de volledige vrijstelling van
deelnemingsdividenden in de bronstaat (art. 10) speelt de
activiteitentoets vanuit Europeesrechtelijk perspectief ten onrechte
geen rol bij aandelen in dochtervennootschappen die vanaf 1
oktober 1998 zijn verkregen. De LOB bepalingen van art. 26 en 10
zouden dan ook dienen te worden aangepast en voor zover LOB
bepalingen in andere verdragen zijn of worden opgenomen, zouden
zij hierop ook dienen te worden afgestemd.

13. In het belang van de economische ontwikkeling van Nederland
en de EU zou Nederland de invoering van de Common
Consolidated Corporate Tax Base dienen te ondersteunen. In
het kader van voorkoming van dubbele belasting zou
importneutraliteit voorop dienen te staan, zowel in relatie tot EU
Lidstaten als tot derde landen met welke een belastingverdrag
is of wordt gesloten. Dit betekent dat in deze relaties zou
dienen te worden gekozen voor een objectvrijstelling als
methode ter voorkoming van dubbele belasting, in het bijzonder
betreffende filialen (als vervanger van het obsoleete concept van
vaste inrichting) en alle deelnemingen (zowel voor dividenden
als vermogenswinsten). Een uitzondering zou kunnen worden
gemaakt voor bijzondere regimes die ring-fenced zijn. Ten
einde tot een meer rechtsvormneutrale allocatie van
heffingsrechten te komen, zou aan een vennootschap waarin
aandelen worden gehouden dezelfde voorwaarden dienen te
worden gesteld als aan een filiaal.

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

Ik hoop dat ik met deze gedachten en de genoemde publicaties bouwstenen voor het (nieuwe) internationale fiscaal (verdrags)beleid heb aangegeven. Ik ben natuurlijk graag bereid tot een nadere gedachtenwisseling.

Met vriendelijke groeten,



Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

Bijlage 1

Publicaties van Prof. mr E.C.C.M. Kemmeren betreffende
uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal
(verdrags)beleid:

1. "Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models, PhD thesis Tilburg University, Eric C.C.M. Kemmeren/Pijnenburg vormgevers-uitgevers, The Netherlands, Dongen 2001, pp. 1-625
2. *Renneberg* Endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring Recovery?, EC Tax Review, 2009, volume 18, issue 1, Kluwer Law International, The Netherlands/Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, Krittell, Berlin, Germany, pp. 4-15
3. Renteaftrek is niet het probleem in de vennootschapsbelasting; wel het niet-belasten van rentel, Weekblad Fiscaal Recht, 2009/6806, pp. 401-411
4. Exithheffing bij pensioenen: Financiën is hardleers, Weekblad Fiscaal Recht, 2009/6820, pp. 881-888
5. Exemption Method for PEs and (Major) Shareholdings Best Services: the CCCTB and the Internal Markets Concerned, EC Tax Review, 2008, volume 17, issue 3, Kluwer Law International, The Netherlands/Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, Krittell, Berlin, Germany, pp. 118-136
6. Dividendbelasting in internationaal/verdragsperspectief: niet-aflatend kwetsbaar, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, 2008/97, pp. 66-77
7. Pensions (Article 18 OECD Model Convention) in: Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch and Claus Staringer, Source versus Residence, Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives, EUCOTAX Series on European Taxation, volume 20, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands 2008, pp. 253-281
8. *Marks & Spencer*: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, Weekblad Fiscaal Recht, 2006/6660, pp. 211-225
9. Inwonersbehandeling in de Wet IB 2001, in: A.C. Rijkers en H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer, Deventer 2006, blz. 253-284
10. Exithheffing in de Wet IB 2001, in: A.C. Rijkers en H. Vording, Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer, Deventer 2006, blz. 285-313
11. Limitation-on-benefits in het belastingverdrag Nederland-VS 2005 en het EG-recht: het dienen van twee heren, in: R.G.J. Lauwerier e.a., JUVAT-dag 2005, bundeling van lezingen gehouden op 21 april 2005, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2006, blz. 33-73
12. Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach, Bulletin for International Taxation, volume 60, number 11-2006, IBFD, pp. 430-452

Ons kenmerk
EK/13-10-2009/1

13. Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar, Weekblad Fiscaal Recht, 2005/6650, pp. 1613-1628
14. Double Non-Taxation: Netherlands, in: International Fiscal Association & M. Lang (Eds.), *Double Non-Taxation* (Cahiers de droit fiscal international, 89a), Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, pp. 551-576 (samen met mr. Leo Zuliani)
15. Dividendbelasting en fraus legis: huidige stand van zaken, Weekblad Fiscaal Recht, 2003/6513, pp. 133-153
16. Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1), Weekblad Fiscaal Recht, 2003/6557, pp. 1965-1974
17. Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2), Weekblad Fiscaal Recht, 2003/6558, pp. 2005-2020
18. Fiscaal recht en ICT, in: Prins, J.E.J. Prof.mr. & Koops, B.J. Dr. (Ed.), *Recht en informatietechnologie, Handboek voor rechtspraak en beleid*, SDU z.j., Den Haag (losbladig), pp. 11/1-11/76
19. Werknemersaspecten in het nieuwe belastingverdrag Nederland-België, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, 2001/57, pp. 239-278
20. IFA, Abusive Application of International Tax Agreements (Munich 2000), IFA Congress Seminar Series, Vol. 25b, Kluwer Law International, The Hague 2001 (samen met Prof. dr Peter H.J. Essers)
21. Dual resident vennootschappen en e-commerce, Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie (MAB), 75e jaargang, 2001/5, pp. 241-244
22. Verdragsvoordelen niet alleen meer voor inwoners maar ook voor vaste inrichtingen, Weekblad voor Fiscaal Recht, 128e jaargang, 1999/6361, pp. 1429-1438
23. The New General Anti-Abuse Clause in the BRK, European Taxation, volume 37, number 12, 1997, pp. 447-461, IBFD Publications, Amsterdam, The Netherlands
24. 25% dividendbelasting inhouden en 28% dividendbelasting teruggeven?, Weekblad voor Fiscaal Recht 1996/6207, pp. 1070-1073
25. De Hoge Raad heeft de dividendbelasting afgeschaft, Weekblad voor Fiscaal Recht 1995/6141, pp. 355-375
26. Naschrift bij R.P.F.M. Hafkenscheid, Een reactie op: De Hoge Raad heeft de dividendbelasting afgeschaft, Weekblad voor Fiscaal Recht 1995/6152, pp. 764-767
27. Anti-misbruikbepalingen in Nederlandse belastingverdragen in strijd met EG-recht, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 1995/18, pp. 78-101
28. Tegemoetkoming wegens in het buitenland geheven bronbelasting op deelnemingsdividenden bij doorruildeling: Mag het een slag anders?, Fiscaal Weekblad FED 1994/760, pp. 3125-3133
29. Persoonlijke verminderings op grond van nondiscriminatie in belastingverdragen, Weekblad voor Fiscaal Recht 1993/6044, pp. 227-236

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE Den Haag.

PricewaterhouseCoopers
Belastingadviseurs N.V.
De Entree 201
1101 HG Amsterdam Zuidoost
Postbus 22737
1100 DE Amsterdam Zuidoost
Telefoon (020) 568 66 66
Fax (020) 568 56 66
Directe lijn (020) 568 64 20
Directe fax (020) 568 61 75
www.pwc.com/nl

Ministerie van Financiën
IT 2 - 09 - 724
Ontv. 5 - 10 - 09
Uiterl. afdoening 20 - 11 - 09
Dossiënummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Persoonlijk en vertrouwelijk
Ministerie van Financiën
T.a.v.

PricewaterhouseCoopers
Belastingadviseurs N.V.
De Entree 201
1101 HG Amsterdam Zuidoost
Postbus 22737
1100 DE Amsterdam Zuidoost

E-mail: nl@pwc.com
www.pwc.com/nl

2 oktober 2009

Betreft: Uitgangspunten Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid

Geachte heer / mevrouw,

In het kader van de, middels FiscaNet aangekondigde, consultatie over de uitgangspunten van het Nederlandse Internationale fiscaal (verdrags)beleid, zenden wij u bijgaand onze opmerkingen.

Bestuurdersbeloningen

In de praktijk zijn wij reeds meermalen geconfronteerd met dubbele belastingheffingsproblematiek door het standpunt van de Nederlandse Belastingdienst met betrekking tot de toewijzing van belastingheffing over bestuurdersbeloningen in internationaal verband.

De Belastingdienst hanteert het uitgangspunt dat een statutair bestuurder zijn gehele beloning ontvangt in de hoedanigheid van bestuurder van de entiteit. In het geval van een statutair bestuurder van een in Nederland 'wonende' entiteit, eigent de Nederlandse Belastingdienst zich hierdoor het volledige heffingsrecht over de bestuurdersbeloning toe. Daar andere landen het uitgangspunt hanteren dat een scheiding dient te worden aangebracht in het deel van de beloning dat is gerelateerd aan werkzaamheden die specifiek in de hoedanigheid van statutair bestuurder van de entiteit zijn verricht en werkzaamheden die specifiek in de hoedanigheid van werknemer zijn verricht, bestaat het risico dat een deel van de beloning dubbel wordt belast. Dit risico wordt veroorzaakt door een verschil in interpretatie van het begrip bestuurdersbeloning tussen de verschillende verdragspartners.

Ministerie van Financiën
2 oktober 2009

Onzer inziens (en wij menen hiervoor steun te vinden in het civiele recht en de fiscale literatuur) kan er een scheiding worden aangebracht tussen werkzaamheden die specifiek als statutair bestuurder worden verricht en werkzaamheden die specifiek als werknemer worden verricht.

De toewijzing van belastingheffing over het deel van de beloning dat is gerelateerd aan werkzaamheden die specifiek in de hoedanigheid van werknemer van de entiteit worden verricht dient te worden bepaald op basis van het verdragsartikel inzake niet-zelfstandig arbeid (artikel 15 OESO-modelverdrag). Slechts de toewijzing van belastingheffing over het deel van de beloning dat is gerelateerd aan werkzaamheden die specifiek in de hoedanigheid van statutair bestuurder zijn verricht, dient te worden bepaald op basis van het verdragsartikel inzake bestuurders- en commissarissenbeloningen (artikel 16 OESO-modelverdrag).

De praktijk heeft onzer inziens behoefte aan een consistente uitleg. Derhalve bevelen wij aan de Nederlandse interpretatie van het begrip bestuurdersbeloning in lijn te brengen met die van de verdragpartners.

Besluit uitleg werkgeversbegrip

Recent is het concept-besluit inzake de uitleg van het materieel werkgeversbegrip gepubliceerd. Vooralsnog bevindt dit concept-besluit zich in de fase waarin door betrokkenen commentaar kan worden aangeleverd.

Daar de praktijk echter behoefte heeft aan een eenduidige richting op het gebied van de fiscale gevolgen van de arresten van de Hoge Raad van 1 december 2006 inzake de uitleg van het begrip werkgever in het artikel inzake niet-zelfstandige arbeid van de Nederlandse belastingverdragen, bevelen wij aan het definitieve besluit zo snel mogelijk te publiceren.

60 dagencriterium

In vervolg op het (bovengenoemde) zeer recent gepubliceerde concept-besluit inzake de uitleg van het materieel werkgeversbegrip, merken wij op dat het onzer inziens in het kader van eenduidigheid in overweging dient te worden genomen doel en strekking van het 60 dagencriterium, zoals bedoeld in onderdeel 6 van voornoemd concept-besluit, actief te bespreken met verdragspartners om een zoveel mogelijk consistente uitvoeringspraktijk te bereiken.

Ministerie van Financiën
2 oktober 2009

Lucratief belang

Daar het lucratief belang een instrument is dat slechts in de Nederlandse fiscale wetgeving is terug te vinden, zijn wij van oordeel dat het de overweging waard is in nieuwe belastingverdragen hieraan een apart artikel te wijden. Hierdoor kan op voorhand discussie over dubbele belastingheffing door afwijking in fiscale kwalificatie van het lucratief belang (inkomensbestanddeel vs. vermogensbestanddeel) worden voorkomen.

Pensioenen

Om discussie te voorkomen over de vraag waar stamrechtuitkeringen zijn belast, bevelen wij aan in het pensioenartikel van de verdragen standaard een lijfrentedefinitie op te nemen. Bij het ontbreken van een dergelijke definitie dient te worden nagegaan of ontslagvergoedingen zijn gedaan ter overbrugging tot de pensioendatum of niet. Dit is onzer inziens een onnodige extra werkzaamheid, welke zou kunnen worden voorkomen door het opnemen van de vorenbedoelde lijfrentedefinitie.

Wij bevelen aan om in de verdragen een bepaling op te nemen dat conserverende aanslagen niet worden opgelegd indien in de pensioenregeling een bepaling is opgenomen die voorziet in toewijzing van belastingheffing aan Nederland over een afkoopsom. Dit sluit onzer inziens aan bij de bedoeling van de wetgever ten tijde van de introductie van de Wet inkomstenbelasting 2001.

Wij bevelen aan in verdragen standaard de fiscale acceptatie van buitenlandse pensioenregelingen op te nemen. Momenteel is een dergelijke bepaling opgenomen in een beperkt aantal verdragen. In voornoemde verdragen is de fiscale acceptatie wel nog onderhevig aan instemming van de lokale belastinginspecteur. Dit maakt in feite de fiscale acceptatie een holle bepaling. Onzer inziens dient dan ook de bepaling inzake instemming van de lokale belastinginspecteur te vervallen. Voorts bevelen wij aan niet langer de maximale termijn van 5 jaren op te nemen voor de fiscale acceptatie.

Ministerie van Financiën
2 oktober 2009

Wij vertrouwen erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Mocht u echter vragen hebben, aarzelt u dan niet contact op te nemen met ons.

Hoogachtend,



Human Resource Services

rs

Hoogachtend,

Human Resource Services

Ministerie van Financiën
T.a.v. Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

PricewaterhouseCoopers
Belastingadviseurs N.V.
De Entree 201
1101 HG Amsterdam Zuidoost
Postbus 22733
1100 DE Amsterdam Zuidoost
Telephone (020) 568 66 66
Facsimile (020) 568 68 88
Direct phone (020) 568 69 53
Direct fax (020) 568 65 75
www.pwc.com/nl

30 september 2009

Reference: MVI/DST/MAA/dgo/090930.b1d

Betreft: Consultatie fiscaal verdragsbeleid

Geachte heer, mevrouw,

Ministerie van Financiën
IT 2-09-713
Ontv. 1-10-09
Uiterl. afdoening 25-11-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Naar aanleiding van uw bericht van 31 augustus jl. omtrent de consultatie voor het toekomstige Nederlands fiscaal verdragsbeleid willen wij - de Financial Services groep van PricewaterhouseCoopers - graag uw aandacht vestigen op een aantal punten waarvan wij denken dat het van belang is deze mee te nemen in toekomstige verdragsonderhandelingen.

1. Pensioenfondsen

Het eerste punt betreft het Nederlands verdragsbeleid inzake vrijgestelde pensioenfondsen. In eerdere notities Internationaal Fiscaal Verdragsbeleid is reeds opgenomen dat vanuit Nederlands oogpunt vrijgestelde pensioenfondsen kwalificeren als inwoner en hierdoor verdragsbescherming genieten. Wij ondersteunen deze zienswijze en zouden dan ook graag zien dat bij verdragen die worden gesloten of gewijzigd een specifieke bepaling wordt opgenomen met betrekking tot de verdragsgerechtigdheid van pensioenfondsen. In sommige verdragen, bijvoorbeeld in het verdrag tussen Nederland en Finland, worden vrijgestelde pensioenfondsen expliciet genoemd als inwoner voor het verdrag. Een vergelijkbare clause zouden wij graag in alle Nederlandse verdragen terugzien.

Ministerie van Financiën
30 september 2009
Reference: MVI/DST/MVA/dgo/090930.b1d

2. Overheden en overheidsorganisaties

Ten tweede willen wij uw aandacht vestigen op de verdragsgerechtigheid van overheden en overheidsorganisaties (zoals centrale banken en Sovereign Wealth Funds). Op dit moment is het niet in alle situaties duidelijk of deze organisaties verdragsbescherming genieten aangezien specifieke bepalingen hieromtrent ontbreken. In het verdrag met de Verenigde Arabische Emiraten, wat ter goedkeuring is voorgelegd aan de tweede kamer, is in artikel 4 tweede lid en artikel 10 derde lid wel een uitgebreide bepaling hieromtrent opgenomen. Artikel 10 derde lid van dit verdrag alloceert het heffingsrecht over dividenden uitgekeerd aan bepaalde overheidsinstellingen aan het land waar deze instellingen gevestigd zijn. Naar onze mening zou het goed zijn voor het fiscaal vestigingsklimaat indien Nederland in toekomstige verdragen soortgelijke bepalingen opneemt met betrekking tot bovengenoemde instellingen die zijn gevestigd in het land van de verdragspartner.

3. Kwalificatie Fonds voor Gemene Rekening

Verder willen wij graag uw aandacht vestigen op de verdragspositie van het besloten Fonds voor Gemene Rekening ("FGR"). Dit fonds is een in Nederland veel gebruikt investeringsvehikel en wordt vanuit Nederland als fiscaal transparant beschouwd. Voor de toepassing van verlaagde bronbelastingtarieven onder verdragen is het van belang dat een FGR ook in het bronland (het land waarin wordt geïnvesteerd) als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Wij verwijzen naar de brief van minister Bos van 20 februari 2009 waarin de minister opmerkt dat het Ministerie van Financiën met diverse landen overeenstemming heeft bereikt over de kwalificatie van een FGR. Echter, aangezien deze overeenstemming niet is vastgelegd in verdragen danwel op een andere manier officieel is gepubliceerd bestaat er geen rechtszekerheid voor participanten in een FGR. Het is voor de rechtszekerheid van participanten in een FGR daarom van groot belang dat de transparantie van een FGR ook in zoveel mogelijk verdragen vastgelegd wordt.

4. API/PPI

Het laatste punt betreft de API/PPI. Deze nieuwe "vehikels" zijn geïntroduceerd zodat Nederland de internationale kansen op de groeiende markt voor Defined Contribution-pensioenregelingen kan benutten (wij verwijzen wederom naar de brief van minister Bos van 20 februari 2009). In principe kwalificeert de API/PPI als vrijgesteld pensioenfonds zoals genoemd in artikel 5 van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

Ministerie van Financiën
30 september 2009
Reference: MVI/DST/MVA/dgo/090930.b1d

Wij nemen daarom aan dat Nederland zich in haar fiscaal verdragsbeleid op het standpunt zal stellen dat de API/PPI zal kwalificeren als inwoner van Nederland en hierdoor verdragsbescherming zal genieten.

Op basis van de huidige bepalingen met betrekking tot pensioenfondsen in verdragen kan niet voetstoots worden aangenomen dat deze ook van toepassing zijn op de API/PPI. In het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten is bijvoorbeeld in artikel 26-2-d opgenomen dat vrijgestelde pensioenfondsen alleen kwalificeren voor verdragsbescherming als minimaal 50% van de leden, gerechtigden of deelnemers, natuurlijke personen zijn van één van de beide verdragsstaten, danwel indien de organisatie die geldschiet is van een dergelijk persoon gerechtigd is tot de voordelen van dit verdrag. Een dergelijke clause zou voor een API/PPI uitsluiting van het verdrag kunnen betekenen, vooral omdat het bij de API/PPI juist gaat om deelnemers uit verschillende staten. Daarnaast is het ook voor verdragen waarin geen specifieke eisen zijn gesteld aan pensioenfondsen de vraag hoe verdragspartners de API/PPI kwalificeren indien bijvoorbeeld het merendeel van de deelnemers in het pensioenfonds buiten Nederland woont. Tenslotte geldt bovenstaande als vanzelfsprekend ook voor verdragen waarin de pensioenfondsen niet specifiek zijn opgenomen.

Om de API/PPI succesvol te laten zijn is het van groot belang dat er zekerheid is omtrent de gerechtigdheid van de API/PPI tot de voordelen van verdragen. Ons inziens, zou de API/PPI daarom expliciet genoemd moeten worden als inwoner van Nederland in de bepaling betreffende pensioenfondsen in verdragen.

Wij hopen met het bovenstaande ons standpunt betreffende het Nederlandse fiscaal verdragsbeleid met betrekking tot deze punten duidelijk uiteengezet te hebben. Wij zijn gaarne bereid deze punten persoonlijk nader toe te lichten.

Hoogachtend,



Namens de Financial Services groep van PwC,



Rijk Zwaan Zaadteelt en Zaadhandel B.V.

Burgemeester Crezeelaan 40

1815 CA Lelystad, The Netherlands

Website www.rijkzwaan.com

Email address info@rijkzwaan.nl

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken

Postbus 20201

2500 EE DEN HAAG

IF2 09 646	
Ontv.	10-9-09
Uiterl. afdoening	4-11-09
Dossiernummer	
Trefwoord/DSP code	
Paraat voor archiveren	

De Lier, 8 september 2009

Betreft: consultatie fiscaal verdragsbeleid

Geachte heer, mevrouw,

Hiermee verzoeken wij u te overwegen om belastingverdragen te sluiten met Chili en Tanzania. Aangezien wij dochterondernemingen in die landen hebben, dreigen wij in de toekomst geconfronteerd te worden met hoge inhoudingen op interest- en dividendbetalingen.

Chili en Tanzania hebben al belastingverdragen met andere EU-landen. Naar onze mening kan Nederland hier niet achterblijven, gezien het bestaande grote netwerk van belastingverdragen dat ons land al heeft.

Met vriendelijke groet,

Rijk Zwaan Zaadteelt & Zaadhandel B.V.


Concerncontroller

DINKLA & DINKLA

Bedrijfsadviseurs

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Ministerie van Financiën
1F2 2009/622
Ontv. 4-9-2009
Uiterl. afdeling
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Naarden

Onze referentie

Uw bericht d.d.

Uw referentie

02-09-2009

ED/D-015

31-08-2009

Geachte dames en heren,

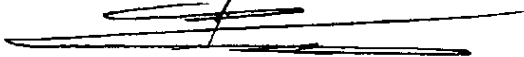
Betreft: Consultatie Fiscaal Verdragsbeleid

Naar aanleiding van Uw Nieuwsbericht als voornoemd deel ik U het volgende mede:
Inhoudelijk kan ik U weinig of niets melden aangaande de consultatieronde wel heb ik een verzoek aan U.

De landen waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten worden in de Tractatenbladen vermeld. Voorts kan op Uw website teruggevonden worden met welke landen Nederland een verdrag heeft gesloten, echter die opsomming mis ik in het wetboek zodat die informatie helaas niet altijd paraat is.

Wellicht is het te overwegen om in het Besluit voorkoming van dubbele belasting, dan wel in de Uitvoeringsregeling Besluit voorkoming van dubbele belasting dan wel in de Algemene wet inzake rijksbelastingen jaarlijks een opsomming op te nemen van de landen waarmee Nederland een verdrag heeft.

Inmiddels verblijf ik met vriendelijke groet,
hoogachtend,
Kantoor Dinkla & Dinkla Bedrijfsadviseurs







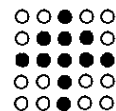
Tel. (020) 684 00 07 - e-mail dinkla@dinkla.nl internet www.dinkla.nl
F. Postbus nr. 50000, 2500 LA Den Haag
B

dutch fund and asset
MANAGEMENT ASSOCIATION

aan / datum

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

Ministerie van Financiën
IT 2 - 09 - 734
Ontv. 8-10-09
Uiterl. afdoening 2-12-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren



adres
Bordewijklaan 8
2591 XR Den Haag
telefoon

fax
+
e-mail

website
www.dufas.nl

Den Haag, 7 oktober 2009

Onderwerp: consultatie fiscaal verdragsbeleid

Geachte heer/mevrouw,

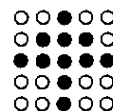
De Dutch Fund and Asset Association (DUFAS) heeft met belangstelling kennis genomen van de aankondiging van de start van een consultatie over de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscale (verdrags)beleid. Daartoe heeft u op 31 augustus jl. geïnteresseerden uitgenodigd via de website van het Ministerie van Financiën hun aangelegenheden in relatie tot het verdragsbeleid onder uw aandacht te brengen. Op deze uitnodiging gaat DUFAS graag in.

1. Inleiding

DUFAS hecht als Nederlandse belangenvereniging van in Nederland werkzame professionele vermogensbeheerders en beleggingsinstellingen een groot belang aan het in stand houden en verbeteren van het Nederlandse vestigingsklimaat.

DUFAS is blij te vernemen dat belanghebbenden uit het bedrijfsleven de mogelijkheid wordt geboden vooraf een bijdrage te leveren aan de beleidsmatige uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het Nederlandse internationale verdragsbeleid. Het Nederlandse netwerk van bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing is een van de belangrijke peilers voor het bestaan van de Nederlandse beleggingsinstellingen en levert daarmee een belangrijke bijdrage aan het Nederlandse vestigingsklimaat voor vermogensbeheerders en het behoud van een hoogwaardige en kennisintensieve Nederlandse financiële sector.

Het belang van de toegang van beleggingsinstellingen tot belastingverdragen wordt mede onderstreept door de aanbevelingen en conclusies zoals uitgewerkt in het OECD rapport van 12 januari 2009 over de toekenning van verdragsvoordelen voor inkomsten behaald door beleggingsinstellingen.



Graag vragen wij uw aandacht voor de problemen die wij in de praktijk signaleren bij een fonds voor gemene rekening dat toegang wenst tot de Nederlandse verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Deze problemen vloeien voort uit de discrepantie tussen de Nederlandse civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke behandeling van dit fonds. Het verduidelijken van het wezen van een fonds voor gemene rekening biedt tevens de mogelijkheid om de verdragspositie van het besloten fonds voor gemene rekening en haar participanten te verbeteren. Tevens willen wij uw aandacht vragen voor de positie van beleggingsinstellingen die vallen onder het regime van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in belastingverdragen.

2. Fonds voor gemene rekening en toegang tot belastingverdragen

Een belangrijk deel van de Nederlandse beleggingsinstellingen zijn fondsen voor gemene rekening.

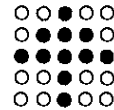
Wij signaleren dat in een aantal landen het concept van een beleggingsinstelling in de vorm van een fonds voor gemene rekening niet bekend is. Dit leidt tot problemen bij de verkrijging van verdragsvoordelen voor het fonds zelf (open fonds voor gemene rekening) of voor de participanten in het fonds (besloten fonds voor gemene rekening).

Zo (er)kennen sommige landen, zoals India en Taiwan, alleen rechtspersonen en geen contractuele beleggingsinstellingen als verdragsgerechtigden. Dit o.a. met als argument dat een contractuele beleggingsinstelling geen rechtspersoon is en daarmee geen "person" voor het betreffende verdrag. Daarbij zal een rol spelen dat niet ieder land contractuele beleggingsinstellingen kent.

Verder is ook de positie / rol van de bewaarder bij een fonds voor gemene rekening vaak niet duidelijk. Dit wordt veroorzaakt door de discrepantie tussen het civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke benadering van een fonds voor gemene rekening.

Civielrechtelijk is de bewaarder de eigenaar van de portefeuille. De participanten hebben dan een vordering op de bewaarder ter grootte van de waarde van hun participatie in het fonds. Vanwege deze civielrechtelijke benadering worden de beleggingsrekeningen in de verschillende landen waar het fonds belegt, geopend op naam van de bewaarder en niet op naam van de beheerder, niet op naam van het fonds (bij een open fonds) en ook niet op naam van de participanten (bij een besloten fonds).

In Nederland wordt de functie van de bewaarder fiscaalrechtelijk genegeerd. Bij een open fonds voor gemene rekening wordt de portefeuille en de beleggingsopbrengsten vanuit fiscale optiek aan het fonds zelf toegerekend. Bij een besloten (transparant) fonds voor gemene rekening wordt de portefeuille en het beleggingsresultaat pro rata toegerekend aan de participanten van het fonds en wordt ook het fonds zelf genegeerd.



Omdat civielrechtelijk de portefeuille op naam staat van de bewaarder en aan deze de beleggingsopbrengsten worden uitbetaald maar vanuit Nederlands fiscaalrechtelijk perspectief het fonds zelf (bij een open fonds) of de participant (bij een besloten fonds) de economisch gerechtigde is, levert dit met name in de documentatie ter verkrijging van deze verdragsvoordelen veel problemen op. In voorkomende gevallen worden zelfs de verdragsvoordelen in het geheel onthouden.

Naar onze mening zou dan ook, naast verdragsonderhandelingen, actief op basis van een lijst van de belangrijkste probleemlanden expliciet de werking van een Nederlands open en besloten fonds voor gemene rekening moeten worden uitgelegd en worden vastgelegd.

Dit biedt tevens de gelegenheid om expliciet te maken dat bij fiscaal transparante besloten fondsen voor gemene rekening de participanten op grond van hun positie toegang tot de voordelen van het belastingverdrag zouden moeten krijgen. Daarbij zou het fiscaal transparante fonds namens de participanten de voordelen van het verdrag moeten kunnen invoeren. Een voorbeeld hiervan is het besluit van 6 augustus 2007, nr. IFZ 2007/537M met betrekking tot het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten waarin een besloten fonds voor gemene rekening met uitsluitend Nederlandse pensioenfondsen de verdragsvoordelen krijgt namens de Nederlandse pensioenfondsen.

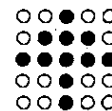
3. De Nederlandse beleggingsinstelling ex. artikel 28 Vpb

Wij signaleren dat een aantal landen de Nederlandse beleggingsinstelling waarop het regime van artikel 28 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: FBI) van toepassing is, een vorm van fiscale transparantie aan deze beleggingsinstelling toedichten.

De toegang tot het Nederlandse verdragen netwerk en het verkrijgen van de verdragsvoordelen op beleggingsinstellingsniveau voor de Nederlandse FBI is altijd verdedigd op grond van o.a. de belastingplicht en de inhouding van dividendbelasting bij de verplichte jaarlijkse dividenduitkeringen op grond van de uitdelingsverplichting.

Echter, juist deze uitdelingsverplichting kan voor landen de aanleiding zijn om te concluderen dat de beleggingsinstelling een zekere fiscale transparantie heeft. Voorbeelden daarvan zijn Frankrijk en Taiwan. Beide landen geven een NV met FBI status alleen verdragstoegang naar rato van het aantal Nederlandse verdragsgerechtigde beleggers. Niet alleen doet dit geen recht aan de Nederlandse kwalificatie van de FBI. Dit leidt ook tot allerlei praktische problemen. Zo kunnen beursgenoteerde beleggingsinstellingen niet precies vaststellen hoeveel Nederlandse verdragsgerechtigde deelnemen.

Ook is het voor beursgenoteerde beleggingsinstellingen die beleggen in Taiwan praktisch onmogelijk om van alle beleggers woonplaatsverklaringen te overhandigen. In het (recente)




verleden zijn vergelijkbare discussies geweest met Duitsland en Zwitserland. Het gevaar bestaat dat de verdragsvoordelen of niet of slechts deels worden toegekend.

Naar onze mening zou het uitgangspunt moeten zijn dat in Nederland gevestigde beleggingsinstellingen waarop het regime van artikel 28 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is, per definitie zelf toegang hebben tot de verdragsvoordelen. Deze beleggingsinstellingen zijn op grond van de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving belastingplichtig en daarom een "person", "resident" en "beneficial owner" voor een belastingverdrag. Dit ongeacht of het een NV, BV of open fonds voor gemene rekening betreft. De verdragspositie van de beleggers in dit fonds is daarbij niet relevant.

Dit sluit ook aan bij de principes, aanbevelingen en conclusies van het OECD rapport van 12 januari 2009 met betrekking tot het toekennen van verdragsvoordelen aan beleggingsinstellingen op door hen genoten inkomsten. Hoewel dit rapport zich beperkt tot gereguleerde beleggingsinstellingen die zich richten tot een breed publiek, kunnen deze conclusies één op één toegepast worden op alle Nederlandse beleggingsinstellingen.

Wij zouden graag de inhoud van deze brief mondeling nader willen toelichten.

Met vriendelijke groet,



Algemeen directeur


c.c. --
Zaken

Ministerie van Financiën Directie Internationale Fiscale



Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale zaken
T.a.v. mr. E.A. Visser
Postbus 20201
2500 EE De Haag

Capaciteitsgroep Fiscale Economie

Bezoekadres 
Postadres Postbus 1738
3000 DR Rotterdam
Doorkiesnr
Fax 6
E-mail nl
Internet

Ons kenmerk
Brie2009/r/096/al

Uw kenmerk

Datum
12 oktober 2009

Onderwerp

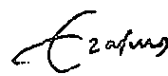
Geachte heer Visser,

Naar aanleiding van uw brief van 31 augustus 2009 en uw algemene oproep voor een inbreng ten behoeve van een vernieuwd fiscaal verdragsbeleid treft u onderstaand puntsgewijs mijn inbreng aan. Ik dank u voor het door u toegekende uitstel voor mijn reactie.

1. Het doet mij genoeg dat u hebt besloten het verdragsbeleid zoals u dat voor ogen staat publiekelijk te maken. Laatstelijk is dat in 1998 gebeurd en in de ruim tien jaren die sindsdien zijn verstreken is er veel veranderd in het internationaal belastingrecht, mede onder invloed van belangwekkende ontwikkelingen binnen het Europees belastingrecht, in het bijzonder ten gevolge van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG. In dit verband acht ik het wenselijk dat voortaan regelmatig actualisering en publicatie van het verdragsbeleid plaatsvindt dan het geval was over de afgelopen periode. Mijns inziens is het wenselijk dat jaarlijks een actualisering wordt geëffectueerd gelet op de snel voortschrijdende ontwikkelingen in het nationale, internationale en Europese belastingrecht, maar ik kan mij voorstellen dat u een dergelijke frequentie te hoog vindt. Een tweejaarlijkse actualisering acht ik echter wel noodzakelijk.

2. Gelet op het evidente belang van de invloed van Europeesrechtelijke fiscale ontwikkelingen op het internationaal belastingrecht is het mijns inziens onontbeerlijk dat deze ontwikkelingen in het nieuwe verdragsbeleid tot uitdrukking komen. In dat opzicht is derhalve een belangrijke verbreding noodzakelijk van het fiscaal verdragsbeleid zoals dat tot op heden is geformuleerd. Daarbij verdient het aanbeveling dat tevens wordt ingegaan op de opstelling die Nederland inneemt ten aanzien van het fiscale beleid van de Europese Commissie, bijvoorbeeld met betrekking tot eventueel tot stand te brengen (nieuwe) richtlijnen, (nieuwe) mededelingen en staatssteun.

Ministerie van Financiën
IT 2-09-744
Ontv. 13.10.09
Uiterl. afdoening 7-12-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

FEI 

Fiscaal Economisch Instituut

K
B

Fiscaal Economisch Instituut BV

3. Nederland kent sinds 1987 het zogenoemde Nederlands Standaard Verdrag (NSV). Bij mijn weten is dit NSV sindsdien nimmer aangepast en kent het NSV – anders dan via het indertijd gepubliceerde Nederlandse verdragsbeleid – geen commentaar, zoals dat wel het geval is bij het OESO-modelverdrag. Ik heb de indruk dat het huidige verdragsbeleid in beginsel niet meer is gericht op het NSV maar vooral op het OESO-modelverdrag. Ik acht dat een goede ontwikkeling zonder daarmee overigens te onderkennen dat het op een aantal punten wenselijk is dat Nederland een eigen koers vaart. Het pensioenartikel lijkt daaraan het meest sprekende voorbeeld. Het pensioenartikel in het NSV sluit echter ook op geen enkele wijze aan bij het huidige verdragsbeleid. Gelet op het voorgaande beveel ik aan het NSV in te trekken en in het nieuwe Nederlandse verdragsbeleid uitdrukkelijk aan te geven op welke onderdelen Nederland een beleid voert dat afwijkt van het OESO-modelverdrag. Dat komt de overzichtelijkheid zeer ten goede. Mocht toch de wens bestaan het NSV te handhaven dan zal het duidelijk zijn dat het NSV moet worden geactualiseerd. Bovendien meen ik dat dan tevens moet worden voorzien in een commentaar. Voor zover Nederland bij dat herziene NSV het OESO-modelverdrag volgt kan worden volstaan met een verwijzing naar het daarbij behorende commentaar. Voor zover Nederland afwijkt, is een zelfstandig NSV-commentaar aan te bevelen. Zoals hiervoor aangegeven prevaleert mijns inziens het doen vervallen van het NSV en voor zover het Nederlandse beleid verschilt van dat van het OESO-modelverdrag plus commentaar, dat vast te leggen in het nieuwe verdragsbeleid. Waar Nederland overigens meent te moeten afwijken van het OESO-modelverdrag dient dat niet alleen te worden toegelicht maar ook te worden gemotiveerd.

4. In verdragen komen diverse begripsbepalingen voor die we ook aantreffen in de nationale wetgeving. Te denken is aan het begrip vaste inrichting, dividend e.d. Het verdient aanbeveling om deze begrippen in principe zo eenduidig mogelijk toe te passen. We zien dat er de afgelopen jaren veel discussie is (geweest) over de betekenis van begrippen, met name indien het verdrag een niet geheel eenduidige definitie bevat en/of in het nationaal recht voor bijvoorbeeld verschillende heffingswetten ook verschillende begrippen worden gehanteerd. Zo zou m.i. bijvoorbeeld het begrip vaste inrichting van art. 5 OESO-modelverdrag ook het algemene vaste inrichtingenbegrip moeten zijn voor de nationale wetgeving, bijvoorbeeld door dit op te nemen in de AWR. Evenzo zou voor wat betreft het verdragsbegrip dividend het overeenkomstige begrip uit de Wet DB 1965 moeten worden genomen (zij het dat daar wordt gesproken van opbrengst). Het zelfde geldt voor begrippen als rente en royalty's. Wat betreft het lening-/rentebegrip dient expliciet te worden aangegeven wanneer voor verdragsdoeleinden sprake is van een lening/rente en wanneer van kapitaal/dividend. De discrepantie wordt enerzijds veroorzaakt door de fiscale herkwalficaties van leningen in kapitaal onder het nationaal recht en anderzijds doordat het dividendartikel geen eenduidig verdragsdefinitie kent maar het renteartikel in principe wel. Deze combinatie is mijns inziens ongelukkig.

5. In het verlengde van het voorgaande punt acht ik het wenselijk dat zoveel als mogelijk steeds een verband wordt gelegd met de Nederlandse fiscale wetgeving opdat de samenhang tussen het verdragsbeleid en die wetgeving ook duidelijk wordt.

6. Hoewel het de bedoeling is dat alleen een nieuw verdragsbeleid wordt geformuleerd komt het mij voor dat in het kader van het door Nederland gevoerde beleid op het vlak van het internationaal belastingrecht tevens aandacht wordt geschonken aan het beleid ten aanzien van de wijze waarop Nederland eenzijdig dubbele belasting pleegt te voorkomen door middel van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (BvdB 2001). Dit zou overigens wel beperkt

kunnen blijven omdat het BvdB 2001 een uitgebreide toelichting bevat waaruit in principe het in dat besluit gevoerde beleid al kan worden afgeleid.

7. Binnen afzienbare termijn gaan de zogenoemde BES-eilanden tot Nederland behoren en krijgen Curaçao en St. Maarten een vergelijkbare status als momenteel Aruba heeft. Het is van belang dat aan de onderscheiden posities aandacht wordt geschonken en in het bijzonder of een en ander betekent dat de BES-eilanden gerechtigd worden tot toepassing van de Nederlandse verdragen en zo dat niet het geval is hoe hun positie dan wel wordt, c.q. hoe de BRK dan vorm gaat krijgen en welk beleid ten aanzien van deze gebieden verdragsrechtelijk wordt gevoerd.

8. Art. 21 OESO bevat een clawbackbepaling. De vraag is waarom er niet een alomvattende clawbackbepaling in een verdrag wordt opgenomen in die zin dat wanneer het heffingsbevoegde land niet heft, het andere land heft. Nu is dat in een enkele bepaling op verschillende manieren wel geregeld (bijvoorbeeld pensioenartikel; remittancebasebepaling), maar een alomvattende regel die voor alle toewijzingsregels geldt verdient aanbeveling.

9. Het verdient aanbeveling dat elk verdrag dat tot stand komt standaard via een wetsvoorstel aan het parlement wordt aangeboden. Daarbij dient dan in elk geval naast een algemene toelichting te worden aangegeven op welke punten het verdrag eventueel afwijkt van het verdragsbeleid. Tevens zou het zinvol zijn als bij elk verdrag een gezamenlijke toelichtende nota wordt gevoegd zoals het geval was bij het Verdrag België 2001. Een dergelijke nota is uiterst instructief zo leert de ervaring met het Verdrag België 2001. Wellicht is dit echter in veel gevallen niet haalbaar omdat de verdragspartner daaraan geen behoefte heeft of hier niet aan mee wilwerken. Het lijkt echter nuttig als een dergelijk streven te komen tot een gezamenlijk toelichting wel een zinvol onderdeel van het verdragsbeleid is.

10. In de BRK is *fraus legis* voor verdragsdoeleinden – lees de BRK - van overeenkomstige toepassing verklaard. Is er geen reden om een dergelijke bepaling standaard in een verdrag op te nemen, dan wel een eigen *fraus conventionis/tractatus* bepaling in elk verdrag te formuleren?

11. In recente (concept-)verdragen is een andere benadering voor de woonplaatsbepaling opgenomen (concept Verdrag met Verenigd Koninkrijk). Mijns inziens is hier sprake van een onwenselijke ontwikkeling nu deze benadering tot sterk toenemende rechtsonzekerheid leidt en tot veel discussie en onderhandelingen aanleiding kan en zal geven. Ik meen dat Nederland een dergelijk verdragsbeleid niet zou moeten voeren en aan moet blijven sluiten bij de benadering zoals die is te vinden in art. 4 OESO-modelverdrag.

12. Voor de toepassing van art. 6 en 13 OESO-modelverdrag verdient het aanbeveling onroerendgoedlichamen standaard te behandelen conform de regels voor onroerend goed. Dit is voor zover ik kan overzien geen standaard verdragsbeleid. Wat betreft criteria kan worden aangesloten bij het OESO-modelverdrag ofwel bij onroerend goed bezittingen van ten minste 50% (gerelateerd aan de reële waarde) ten opzichte van de totale activa. Mijns inziens dient dus niet te worden aangesloten bij het criterium voor onroerend goedlichamen zoals Nederland dat hanteert in art. 4 WBR.

13. Ten aanzien van de toepassing van art. 10 OESO-modelverdrag is het ongelukkig dat het begrip beneficial ownership geen eenduidige afstemming heeft met de dividendstrippingsbepalingen. De opvatting daarover van het ministerie van Financiën is als zodanig wel duidelijk, maar tevens betwist. Het verdient daarom aanbeveling om hier definitief duidelijkheid in te schappen, bijvoorbeeld door in een verdragsprotocol te bepalen dat aansluiting wordt gezocht bij de benadering in de Nederlandse wetgeving of eventueel aan te geven in welke mate het verdragsbegrip verschilt van het nationaalrechtelijke begrip.

14. Ten aanzien van art. 15 OESO-modelverdrag bepleit ik een ruimer detacheringsregeling en wel zodanig dat deze is afgestemd op de sociale zekerheidsverordening Vo.1408/71, resp. diens opvolger Vo. 883/2004. In deze laatste is een standaardtermijn opgenomen van twee jaren. Waar ten tijde van de totstandkoming van het OESO-modelverdrag uitzendingen in de regel van redelijk korte duur pleegden te zijn is dat al lang niet meer het geval, terwijl toch de termijn ongewijzigd is gebleven. Evenzo bepleit ik de overige twee criteria van art. 15, tweede lid, af te schaffen en in feite te vervangen door het tweede criterium zoals dat is te vinden in Vo. 1408/71. Daarmee wordt bewerkstelligd dat detachering voor premieheffing en belastingheffing parallel kan lopen, hetgeen uiterst praktisch is. Ik wijs er in dit verband overigens volledigheidshalve op dat Nederland een langere detacheringstermijn niet ten principale afwijst gelet op de maximale duur gedurende welke de 30% regeling van art. 15a, eerste lid, onderdeel j, Wet LB 1964 kan worden toegepast. Deze laatst bedoelde termijn zou mijns inziens overigens substantieel verkort dienen te worden. Wat betreft de behandeling van opties bepleit ik het besluit daarover in te trekken en verder aan te sluiten bij het commentaar bij het OESO-modelverdrag.

15. Hoewel het mij duidelijk is dat u een andere mening bent toegedaan bepleit ik bij dezen de terugkeer van de grensarbeidersregeling zoals die in het Verdrag België 1970 was opgenomen zij het in een wat andere vorm. Dat zou dan uiteraard beperkt moeten blijven tot de verdragen met België en Duitsland. Voor wat betreft de motivering verwijs ik naar de 'tweespraak' zoals ik die indertijd met Wattel heb gevoerd in het Weekblad voor Fiscaal Recht.

16. Met betrekking tot behandeling van artiesten en sporters heeft Nederland nationaalrechtelijk de afgelopen jaren de bepalingen veelvuldig aangepast. Het lijkt er op dat er voor de grensoverschrijdende situaties momenteel uiteindelijk een werkbaar systeem is ontstaan, hoewel het nog steeds redelijk ingewikkeld is en nogal wat uitvoeringskosten met zich brengt. Verdragsrechtelijk verdient het aanbeveling ten aanzien van deze groepen een beleid te voeren dat verschilt van art. 17. OESO-modelverdrag. Ik acht het veel voor de hand liggender dat deze groepen voortaan primair belast worden in de woonstaat in plaats van in de werkstaat. Daarbij kan onder andere worden gewezen op eenvoudsoverwegingen en op draagkrachtoverwegingen. Zeker veelvuldig in het buitenland opererende sporters en artiesten worden steeds voor hun buitenlandse inkomsten in de onderscheiden landen belast zodat geen reële draagkrachtheffing plaats vindt. Daarnaast is het veel eenvoudiger alleen te heffen in het woonland. Men kan heffing zeker te stellen door ofwel een renseigneringsplicht op te nemen en/of de bronstaat de mogelijkheid te bieden een bronheffing toe te passen die verrekenbaar is in de woonstaat (vergelijkbaar met art. 10 OESO-modelverdrag). Een alternatief zou kunnen zijn een soort detacheringsregeling voor artiesten en beroepssporters te creëren waardoor zij bij kortstondige optredens - dat zal in de regel het geval zijn - belastingplichtig blijven in de woonstaat. Het zal duidelijk zijn dat de criteria op dit punt niet identiek kunnen zijn met de detacheringsregeling van art. 15 OESO-modelverdrag.

17. Een bepaling die sterk afwijkt van het OESO-modelverdrag betreft art. 18 zoals dat momenteel door Nederland wordt toegepast. Gegeven het Nederlandse beleid in dezen ben ik van oordeel dat de verdragsbepaling evenwichtig is. Ik onderschrijf dat beleid echter niet en vind het ook opvallend dat Nederland op dit punt ook helemaal alleen staat. Het is evident dat voorkomen moet worden dat een heffingsvacuüm ontstaat, maar dat is eenvoudig te voorkomen (zie eerder in deze brief). Maar waarom Nederland er zo strikt aan vast houdt dat het pensioen alleen als periodieke uitkering wordt genoten is, is mij niet helder en past ook niet in de benadering die zo ongeveer de rest van de wereld toepast.

Een positief punt is het huidige verdragsbeleid ten aanzien van grensoverschrijdende pensioenopbouw. Mijns inziens zou hier alleen een consequente lijn moeten worden gevolgd door ofwel een regeling in art. 18, ofwel in art. 24 OESO-modelverdrag op te nemen. Momenteel lijkt dat nog wat door elkaar te lopen. Een verbetering is wel wenselijk op het punt van de waardeoverdracht. Ik verwijs in dit verband naar het commentaar bij art. 18 OESO-modelverdrag en de ontwikkelingen op EU-niveau waar eveneens een regeling voor gefaciliteerde grensoverschrijdende waardeoverdracht wordt gestimuleerd.

18. Art. 19 OESO-modelverdrag dient mijns inziens te worden afgeschaft, althans voor alle publiekrechtelijke werknemers anders dan diplomaten c.s. Er is geen goede reden voor ambtenaren een bijzondere positie te hanteren. In dit verband kan ook worden gewezen op de wijziging die in 2001 in de Wet IB 2001 is doorgevoerd waar het betreft de belastingplicht van in het buitenland wonende Nederlandse ambtenaren (welke regeling zoals bekend nadien is aangepast wegens het ontstane heffingsvacuüm). Afschaffing geldt overigens in elk geval de pensioenen omdat daar immers de ambtelijke status geheel niet meer relevant is. Dit is ook te vergelijken met de positie van volkenrechtelijke ambtenaren: de specifieke regeling die zij kennen strekt zich wel uit tot de actieve dienstbetrekking maar niet tot de postactieve dienstbetrekking. Zoals gezegd bepleit ik echter als uitgangspunt algehele afschaffing van art. 19 OESO-modelverdrag, uitgezonderd voor diplomaten (voor zoveel nodig gelet op art. 28 OESO-modelverdrag).

19. Het verdient aanbeveling de reikwijdte van art. 21 OESO-modelverdrag zo beperkt mogelijk te houden in die zin dat het een echt restartikel wordt ofwel dat zoveel mogelijk soorten inkomsten onder concrete verdragsartikelen vallen. Dit lijkt ook beleid te zijn nu sociale verzekeringsuitkeringen, lijfrentes en alimentatie onder art. 18 plegen te worden geschaard. Ik onderschrijf die benadering. Verder is ten aanzien van art. 21 te overwegen de opzet van het tweede lid aan te passen omdat dit een moeizaam toepasselijke bepaling blijkt te zijn. Als dat niet mogelijk of niet wenselijk is, is het zinvol deze bepaling te voorzien van een heldere toelichting. Tot slot is het wenselijk aan te geven of art. 21 – net als ten aanzien van de artikelen inzake de arbeidsinkomsten is beslist door de Hoge Raad – niet aan de orde kan komen bij de vermogensinkomstenartikelen omdat er sprake is van een gesloten stelsel. Ik meen overigens dat de vermogensartikelen geen gesloten stelsel vormen.

20. De BRK heeft een bijzondere status. Het is mijns inziens wenselijk deze regeling zoveel mogelijk de structuur toe te kennen die ook voor reguliere verdragen geldt.

21. Het verdient aanbeveling een duidelijk beleid te formuleren voor diverse vormen van triangular situations.

22. Hoewel niet direct betrekking hebbend op verdragsproblematiek bepleit ik art. 2.5 Wet IB 2001 af te schaffen en om te zetten in een bepaling die direct aansluit bij de Schumacker- en Rennebergdoctrine. Wat betreft de De Grootdoctrine verdient het overweging te bezien of hier niet een andere benadering gevolgd kan worden namelijk door in dit situaties te komen tot een evenredige toerekening van aftrekposten. Dit punt kan overigens alleen worden opgepakt in samenspraak met de EU-lidstaten, hoewel ook bilateraal voor dergelijk gevallen wel een verdragsoplossing mogelijk is.

23. Het beleid ten aanzien van schenkings- en successierechtverdragen is niet duidelijk. Met name verassend is dat er op dit vlak zo weinig verdragen tot stand zijn gekomen. Bepaald opmerkelijk vind ik het dat zelfs geen sprake is van een verdrag met bijvoorbeeld België. Het is wenselijk dat ook op dit terrein beleid wordt geformuleerd en meer verdragen worden gesloten.

24. Het voert te ver om in het kader van de onderhavige brief in te gaan op concrete verdragen, maar ik vraag in het kader van een optimaal vestigings- en investeringsklimaat tussen verdragslanden gaarne aandacht voor het verdrag tussen Brazilië en Oostenrijk. In art. 23 van het verdrag tussen die landen is bepaald dat de wanneer er een dividenduitkering plaatsvindt van een Oostenrijkse vennootschap waarin een Braziliaanse vennootschap een belang heeft van ten minste 25%, dat dividend in Brazilië onbelast blijft. Dit voordeel kennen andere door Brazilië gesloten verdragen niet. Het zal duidelijk zijn dat Oostenrijk daardoor een aantrekkelijk land is voor Braziliaanse ondernemingen om een dochtervennootschap op te richten. Deze problematiek raakt in meer breder verband uiteraard de 'leer van de meestbegunstiging'. Het is van belang dat ook hierover helder verdragsbeleid bestaat.

Tot zover mijn opmerkingen. Er zijn uiteraard wel meer bemerkingen te maken maar die zijn van meer detaillistische aard. Uw verzoek lijkt me daar geen betrekking op te hebben. Mocht u nog nader overleg naar aanleiding van deze brief of een toelichting op prijs stellen dan ben ik daar vanzelfsprekend toe bereid.

Ik wens u succes toe met de ontwikkeling van het nieuwe fiscaal verdragsbeleid.

Met vriendelijke groet,



Erasmus School of Economics
Fiscaal Economisch Instituut BV



ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID
Capaciteitsgroep Fiscaal Recht
Bezoekadres

Postadres
Erasmus Universiteit Rotterdam

Telefoon

Fax

Internet <http://www.frg.eur.nl>

Ons kenmerk
09.068 FR/TS/GF

Uw kenmerk

Datum
29 september 2009

Onderwerp
Consultatie fiscaal verdragsbeleid

Geachte mevrouw/meneer,

Onder verwijzing naar het nieuwsbericht van het Ministerie van Financiën van 31 augustus jongstleden, brengen wij graag het volgende onder uw aandacht inzake de toewijzingsregels onder belastingverdragen bij hybride entiteiten.

1. Toewijzing van verdragsvoordelen bij hybride entiteiten

De verschillende classificatie door twee of meer landen van entiteiten kan leiden tot dubbele belastingheffing c.q. het ontbreken van enige belastingheffing. Teneinde deze ongewenste gevolgen in inbound situaties te vermijden zijn in het OESO Commentaar,¹ in navolging van de conclusies uit het OESO-Partnership Rapport uit 1999,² oplossingen aangedragen. In inbound situaties is in het OESO Commentaar voorgesteld dat de bronstaat aansluit bij de allocatie (en daarmee de classificatie) van de vestigingsstaat van de hybride entiteit voor de verdragstoepassing.

Nederland heeft een algeheel voorbehoud gemaakt ten aanzien van de aanbevelingen van het OESO-partnership report.³ Nederland heeft daarbij aangegeven deze aanbevelingen slechts over te nemen via eenzijdig beleid, specifieke verdragsbepalingen of als de uitkomst van een onderling overlegprocedure. Uit de parlementaire behandeling van het 2004 Wijzigingsprotocol bij het verdrag met de Verenigde Staten⁴ kan iets meer worden afgeleid over de achtergronden van dit algehele voorbehoud van Nederland. De Staatssecretaris overweegt aldaar:

“Volledigheidshalve merk ik nog op dat het voorbehoud dat Nederland heeft gemaakt bij het hiervoor genoemde OESO-rapport niet zag op de daarin opgenomen conclusies. Het voorbehoud van Nederland had als achtergrond dat (wezenlijke) wijzigingen in het OESO-

¹ Zie par. 6-6.7 van het Commentaar op art. 1 OESO-Modelverdrag en par. 8.4 van het Commentaar op art. 4 OESO-Modelverdrag.

² Zie de OESO, Issues in international taxation (The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, nr. 6), Parijs 1999.

³ Zie punt 20 t/m 24 Annex II OESO-partnership report.

⁴ Kamerstukken I 2004/2005, 29 632, nr. D, vraag 1 (Dividenden. Art. 10, derde lid), V-N 2005/45.3.

commentaar die plaatsvinden nadat een bilateraal belastingverdrag is overeengekomen, volgens jurisprudentie van de Hoge Raad niet automatisch doorwerken voor de toepassing van een dergelijk (bestaand) verdrag.”

Effect van het voorbehoud en het blijkbaar wel onderschrijven van de conclusies van het OESO-partnership rapport zou ons inziens moeten zijn dat Nederland in inbound situaties zich hetzij via eenzijdig beleid hetzij via specifieke bepalingen in belastingverdragen inzet om de negatieve gevolgen van classificatieconflicten uit de weg te ruimen.

Nederland kent voor inbound situaties zowel eenzijdig beleid (het besluit van 17 maart 1997)⁵ als een aantal belastingverdragen met specifieke verdragsbepalingen (o.a. art. 24, lid 4, van het belastingverdrag met de Verenigde Staten, art. 22, lid 3, van het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk en Protocol I, punt 4b van het belastingverdrag met België). Zowel het eenzijdig beleid als de specifieke verdragsbepalingen hanteren dezelfde “doorkijk”-benadering als het OESO-partnership rapport, maar in hun uitwerking is er toch een aantal belangrijke verschillen op te merken. In het OESO-partnership rapport en ook in art. 24, lid 4, van het verdrag met de Verenigde Staten wordt als voorwaarde gesteld dat de “doorkijk”-benadering alleen geldt, indien de staat waar de achterliggende vennoten zijn gevestigd, fiscaal het inkomen ook aan deze vennoten toerekent. Hoewel het besluit van 19 maart 1997, evenals Punt 4b van het Protocol I bij het verdrag met België, zich op dit punt niet expliciet uitlaat, lijkt impliciet dit besluit ook van deze voorwaarde uit te gaan. Het OESO-partnership rapport hanteert, evenals het verdrag met de Verenigde Staten, de “doorkijk” – benadering ook indien de tussengeschoolde hybride entiteit in een derde staat is gevestigd, zelfs in het geval er tussen Nederland en deze derde staat geen belastingverdrag zou bestaan. Punt 4b van het Protocol I bij het verdrag met België is niet duidelijk op dit punt, maar de tekst van deze protocolbepaling lijkt te suggereren dat de hybride entiteit ofwel in Nederland ofwel in België gevestigd dient te zijn. Het besluit van 19 maart 1997 sluit de situatie dat de tussengeschoolde hybride entiteit in een niet-verdragsland is gevestigd, expliciet uit van de “doorkijk”-benadering. Een ander verschil tussen het OESO-partnership rapport en art. 24, lid 4, verdrag met de Verenigde Staten alsmede art. 22, lid 3, van het verdrag met het Verenigd Koninkrijk enerzijds, en Punt 4b van het Protocol I bij het verdrag met België alsmede het besluit van 19 maart 1997 anderzijds, is het dwingende karakter van de eerstgenoemde verdragsbepalingen. Bij de laatstgenoemde bepalingen is een verzoek van de hybride entiteit nodig, alvorens de “doorkijk” - benadering wordt verleend.

2. Suggesties

Het is goed zich te realiseren dat het besluit van 19 maart 1997 is uitgevaardigd vóór het OESO-partnership rapport en er inmiddels meer dan 12 jaren zijn verstreken sinds het uitvaardigen van dit besluit. Een update van dit besluit is daarom naar de mening van velen, alsmede ondergetekenden, dringend noodzakelijk. Wij stellen voor dat Nederland expliciet maakt in haar verdragsbeleid wat het Nederlandse beleid is met betrekking tot de verdragstoepassing ten aanzien van hybride entiteiten. Wij pleiten hierbij voor het eenzijdig vaststellen van verdragsbeleid door Nederland waarin de ‘doorkijk’ benadering door Nederland eenzijdig wordt bevestigd ook met betrekking tot verdragen waarin Nederland – nog – geen specifieke verdragsbepaling hieromtrent heeft opgenomen. Dit houdt in dat Nederland in haar verdragsbeleid tot uitdrukking brengt dat Nederland eenzijdig met betrekking tot

⁵ Zie het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 maart 1997, nr. IFZ97/204, BNB 1997/168.

hybride entiteiten verdragstoepassing verleent ten aanzien van de achterliggende participanten indien en voorzover deze achterliggende participanten zijn gevestigd in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten, zijn aan te merken als een verdragsinwoner en in de heffing worden betrokken voor het betreffende inkomensbestanddeel in dit verdragsland. Deze benadering zou moeten gelden ten aanzien van de verdragstoepassing met betrekking tot de dividendbelasting alsmede de vennootschapsbelasting (onder meer waar het betreft de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht met betrekking tot een aanmerkelijk belang bezitten in een Nederlandse vennootschap). Wij pleiten er tevens voor om deze benadering ook expliciet te maken in situaties waarin de hybride entiteit is gevestigd in een derde land.

Keerzijde van deze benadering is dat Nederland ook verdragstoepassing verleent aan hybride entiteiten die gevestigd zijn in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten en op grond van dit belastingverdrag als verdragsinwoner kwalificeren, terwijl deze entiteiten vanuit Nederlandse nationaalrechtelijke fiscale optiek als fiscaal transparant dienen te worden geclassificeerd. Onder de Moeder-Dochterrichtlijn is een dergelijke benadering al door de staatssecretaris vastgelegd in het besluit van 18 december 2004⁶. Het verdient ons inziens aanbeveling om ook voor de belastingverdragen deze benadering schriftelijk vast te leggen in het kader van de herijking van het verdragsbeleid.

Tenslotte merken wij op dat voorgaande suggesties betrekking hebben op het Nederlands internationaal verdragsbeleid. Wij zijn niet ingegaan op eventuele aanpassingen van nationaalrechtelijke regelingen welke wel betrekking hebben op hybride entiteiten in grensoverschrijdende situaties, maar niet in een belastingverdrag zijn opgenomen. Volledigheidshalve willen wij deze niet onvermeld laten. Wij noemen de volgende drie suggesties:

- In het classificatiebesluit van 18 december 2004 worden vier criteria (rechtspersoonlijkheid, onbeperkte aansprakelijkheid, aandelenkapitaal en vrije overdraagbaarheid) genoemd voor de classificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden. Bij het criterium van de vrije overdraagbaarheid speelt een groot aantal knelpunten.⁷ In de literatuur is daarom ook van verschillende kanten voorgesteld om dit criterium aan te passen dan wel eenvoudigweg af te schaffen⁸. Opgemerkt dient te worden dat Nederland met het hanteren van het criterium van de vrije overdraagbaarheid een unieke plaats inneemt binnen de groep van landen die net als Nederland ook de "similarity approach" hanteren. Het aanpassen c.q. afschaffen van dit criterium zal derhalve een groot gedeelte van de classificatieconflicten in de praktijk wegnemen. Ons voorstel is om dit criterium af te schaffen.
- Een problematisch punt in de Nederlandse belastingwetgeving voor grensoverschrijdende investeringen die in Nederland plaatsvinden, betreft de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht van lichamen die een aanmerkelijk belang bezitten in een Nederlandse vennootschap dat niet tot hun ondernemingsvermogen behoort (art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb. 1969). Naast strijdigheid met de Moeder-dochterrichtlijn kan overigens worden betoogd dat deze aanmerkelijk-belangheffing in strijd is met het primaire EG-recht.⁹ Gezien het belemmerende effect dat

⁶ Zie het Besluit van 18 december 2004, nr. CPP 2004/2730, BNB 2005/88.

⁷ Zie daarover o.a. het VBW-rapport Samenwerkingsverbanden en ondernemingswinst, Geschriften van de VBW nr. 223, Kluwer, Deventer (2004), p. 57 t/m 60, alsmede A.J.A. Stevens, Fiscale aspecten van de CV, FM nr. 102, Kluwer, Deventer (2002), p. 303 t/m 309.

⁸ Zie laatstelijk mijn pleidooi tot afschaffing, De tien geboden tot afschaffing van de open CV, NTFR 2006/1727.

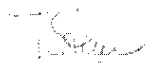
⁹ Zie onder meer A.J.A. Stevens en G.K. Fibbe, De toepassing van inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting bij personenvennootschappen in inbound situaties. *Maandblad Belastingbeschouwingen*, 2008, blz. 453-466.

van deze regeling uitgaat op grensoverschrijdende investeringen in Nederland, pleiten wij om deze regeling in art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb. 1969 buiten werking te stellen met betrekking tot EU situaties.

- Voorts zijn wij van mening dat de in onderdeel 2 voorgestane 'doorkijk' benadering voor verdragstoepassing op grond van de Moeder-dochterrichtlijn ook moet worden gevolgd voor toepassing van de dividendbelasting in Moeder-dochterrelaties. Bij de uitleg van het begrip 'gerechtigde' voor de toepassing van de dividendbelasting dient Nederland aan te sluiten bij de classificatie (en allocatie) in de lidstaat waar het dividend bij een kwalificerende vennootschap in de heffing wordt betrokken. Deze 'doorkijk' benadering voor de dividendbelasting volgt ons inziens uit de Moeder-dochterrichtlijn en dient derhalve te worden gevolgd met betrekking tot dividendbetalingen aan kwalificerende vennootschappen gevestigd in een EU lidstaat.¹⁰

Met voorgaande suggesties hopen wij enige handgrepen te hebben geboden bij het vaststellen van het Nederlandse internationaal (verdrags)beleid ten aanzien van hybride entiteiten. Uiteraard zijn wij bereid een en ander nader toe te lichten, mocht u zo wensen.

Hoogachtend,



¹⁰ Zie A.J.A. Stevens en G.K. Fibbe, De toepassing van inhoudingsvrijstelling van dividendbelasting bij personen-vennootschappen in inbound situaties. *Maandblad Belastingbeschouwingen*, 2008, blz. 453-466.

FIN

Vereniging van Fondsen in Nederland

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
t.a.v. de heer E.A. Visser
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Den Haag, 30 september 2009

Betreft: Consultatie over de uitgangspunten van het Nederlands internationale fiscaal (verdrags)beleid

Geachte heer Visser,

Het Ministerie van Financiën nodigt belanghebbenden uit de voor hen van belang zijnde aangelegenheden in relatie tot het verdragsbeleid onder de aandacht te brengen. Graag gaan wij op deze uitnodiging in.

FIN

De FIN is de Nederlandse Vereniging van (vermogens)Fondsen in Nederland. De FIN heeft onder meer tot doel de belangenbehartiging t.b.v. haar leden in relatie tot externe partijen als uw Ministerie. Uw Ministerie en de FIN hebben op verschillende niveaus uitstekende contacten opgebouwd, die wij bijzonder waarderen.

Vermogensfondsen

De FIN heeft op dit moment 320 leden, waaronder de toonaangevende stichtingen als de Bernard van Leer Foundation, het VSB Fonds, het Oranje Fonds, Fonds 1818, Stichting Instituut GAK en de VandenEnde Foundation.

Europese vereniging: de EFC

De Europese vermogensfondsen zijn verenigd in de EFC. Leden van de EFC zijn de grote Europese vermogensfondsen. De EFC is gevestigd te Brussel en is 'de gesprekspartner' inzake charitatieve instellingen voor de EU.

Wij voegen hierbij de ledenlijst van de EFC, alsmede het jaarverslag 2008.

Bronheffingen

De verschillende 'soorten' fondsen -waaronder ook pensioenfondsen- belegden in het verleden slechts in Nederland. Als gevolg van veranderende wetgeving alsmede de introductie van de euro zijn de beleggingen binnen de Eurozone sterk toegenomen.

Wij hebben in het verleden het Ministerie al bericht dat buitenlandse fondsen worden 'achtergesteld' ten opzichte van lokale fondsen, in de zin dat lokale fondsen niet onderworpen zijn aan een bronheffing op interest en dividenden en buitenlandse fondsen wél. Bronheffingen die niet kunnen worden verrekend en de facto een kostenpost betekenen voor de fondsen. Een punt van grote zorg voor de leden van de FIN, kerkelijke en wetenschappelijke instellingen en instituten.

Voorbeelden van verschillende behandeling binnen de EU zullen u ongetwijfeld bekend zijn. Desgewenst kunnen wij voor meerdere landen aangeven wat 'de fiscale verschillen' zijn tussen de fiscale behandeling van lokale fondsen en buitenlandse fondsen.

Financiële belangen: Bronheffingskosten in Nederland en in de EU

Wij hebben hiervoor aangegeven dat de achterstelling een bron van grote zorg is, omdat daardoor de fondsen minder middelen beschikbaar hebben voor hun charitatieve taak. Wij hebben onderzoek gedaan naar de 'Europese bronheffingskosten' van vermogensfondsen, wervende fondsen alsmede kerkelijke en wetenschappelijke instellingen in Nederland en komen tot de conclusie dat de jaarlijkse bronheffingskosten € 20 mln bedragen en nog steeds stijgen. Voor charitatieve instellingen is dat heden ten dage heel veel geld. Een voorbeeld: Stichting Fonds 1818, een van de grotere vermogensfondsen, dat zich richt op de regio Haaglanden doneert per jaar ongeveer euro 10M.

Graag verstrekken wij u een overzicht van de landen waar de bronheffingskosten van de FIN-leden neerdalen (uitgesplitst naar rente en dividend).

De wens van de leden van de FIN

Het zal u niet verbazen dat de leden van de FIN -en ongetwijfeld ook de wervende fondsen alsmede kerkelijke en wetenschappelijke instellingen en instituten- wensen, dat uw Ministerie als uitgangspunt bij het internationale fiscale (verdrags)beleid hanteert, dat charitatieve fondsen worden vrijgesteld van bronheffingen op interest en dividenden.

Uw Ministerie heeft dezelfde wens voor Nederlandse pensioenfondsen reeds gehonoreerd en in het OECD modelverdrag zijn hiervoor specifieke verdragsteksten opgesteld.

Enkele observaties in breder verband

Graag delen wij enkele observaties in een breder verband met u:

- Nederland is een 'voorloper'.
U heeft immers besloten de definitie van fiscaal begunstigde charitatieve instelling per 1 januari 2007 niet langer te beperken tot 'binnen het Rijk gevestigd'. De genoemde achterstelling tussen Nederlandse fondsen en buitenlandse fondsen bestaat in Nederland niet meer. Deze gelijkstelling wordt in het buitenland volgens de EFC zeer gewaardeerd.
- De Europese Commissie heeft verschillende initiatieven genomen om te komen tot 'het uitbannen' van fiscaal onderscheid tussen lokale en buitenlandse charitatieve fondsen en kerkelijke en wetenschappelijke instellingen en instituten.
- In de Stauffer-uitspraak van HvJ, NR: C-386/04 14 september 2006 kwam aan de orde een Italiaanse stichting van algemeen nut met een bedrijfspand in Munchen dat zij verhuurt. Zij wordt voor de opbrengsten daarvan met Duitse vennootschapsbelasting belast. Binnenlandse stichtingen zijn in een dergelijk geval echter vrijgesteld. Dat verschil in behandeling achtte het Hof in strijd met de regels van vrijheid van kapitaalverkeer.
- Het HvJ heeft bepaald -HvJ, NR: C-318/07 27 januari 2009-, dat giften aan instellingen in andere EU-landen ook aftrekbaar zijn van de belasting. Het Hof vindt beperkingen tot instellingen in eigen land een in beginsel verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal. Dit betekent dat als een instelling in een EU-land is erkend als een algemeen nut beogende instelling, andere EU-landen die instelling niet mogen weigeren alleen omdat die niet op hun grondgebied is gevestigd. Een arrest dat geen directe gevolgen heeft voor Nederland, omdat de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) giften aan instellingen binnen de EU al mogelijk maakt.
- Geconcludeerd moet worden dat de reikwijdte van artikel 43 EG en 48 EG dicteren dat er geen verschil kan en mag zijn tussen lokale fondsen en buitenlandse fondsen, gelijk dat zo is voor lokale kerkelijke en wetenschappelijke instellingen en instituten en 'buitenlandse'.

FIN

Vereniging van Fondsen in Nederland

- Het bevreemdt -een understatement- dat in het door Nederland gesloten belastingverdrag met de VS wél een bepaling is opgenomen dat charitatieve fondsen alsmede kerkelijke en wetenschappelijke instellingen en instituten vrijwaart van bronheffingen op interest en dividenden.
- Binnen de EU wordt door de verschillende Europese vermogensfondsen druk uitgeoefend op hun 'eigen' Ministerie.
- Ook bevreemdt het -wederom een understatement- dat uw Ministerie wel samen met de Nederlandse pensioenfondsen zorg draagt voor een wijziging in het OECD modelverdrag, maar uw Ministerie tot op heden een dergelijke bereidwilligheid niet heeft getoond voor charitatieve fondsen en kerkelijke en wetenschappelijke instellingen en instituten.
- Wij begrijpen van onze Europese collega's dat in veel landen procedures aanhangig zijn gemaakt om het onderscheid tussen pensioenfondsen en charitatieve fondsen in fiscale behandeling aan te vechten.
- Uw Ministerie heeft in de Miljoenennota 2010 berekend dat, zelfs als de economie terugkeert naar een groei zoals we gewend waren vóór de crisis, de staatsschuld met € 30 mld per jaar groeit. De ombuigingen die daarom noodzakelijk worden, zullen velen mensen raken en in het bijzonder de minder bedeelden. De mensen waar een groot aantal leden van de FIN al hun energie in steekt.

Met vriendelijke groet,
Vereniging van Fondsen in Nederland - FIN



if



Koninklijke Luchtvaart Maatschappij nv

Ministerie van Financiën	
Ministerie van Financiën	2F2 09/54
Directie Internationale Fiscale Zaken	
Postbus 20201	15-9-09
2500 EE Den Haag	
Uiterl. afdoening	9-11-09
Dossiernummer	
Trefwoord/DSP code	
Paraaf voor archiveren	

classificatie

uw referentie

uw datum

telefoon

onze referentie

onze datum

telefax

AMS/DB/022/LA

14 september 2009

Amsterdamsesweg 55

onderwerp

Nederlands internationale fiscaal (verdrags)beleid

Geachte Dames/Heren,

Hierbij willen wij graag reageren op uw uitnodiging om aangelegenheden in relatie tot het verdragsbeleid onder uw aandacht te brengen.

Zoals u bekend zal zijn is de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. (hierna KLM) een international opererende luchtvaartmaatschappij, en tevens moedermaatschappij van Martinair Holland N.V. en Transavia Airlines C.V. Deze brief is tevens geschreven namens deze luchtvaartmaatschappijen.

KLM heeft belang bij de volgende uitgangspunten in het Nederlandse internationale (verdrags)beleid.

OESO Modelverdrag

Artikel 8 (Zee- en Luchtvaart)

Het zal bekend zijn dat KLM als luchtvaartmaatschappij er gebaat bij is dat elk belastingverdrag een bepaling conform artikel 8 bevat. Het is in de verdragsonderhandelingen gebruikelijk dat deze bepaling wordt opgenomen in het te sluiten verdrag, gaarne voortzetting van dit gebruik.

Lid 4 van artikel 8, deelneming in een "pool", een gezamenlijke onderneming of een internationaal opererend agentschap, is van steeds groter belang voor de internationale samenwerkingsverbanden tussen luchtvaartmaatschappijen, wij pleiten er dan ook voor handhaving van het standaard opnemen van deze bepaling.

Artikel 15 (Inkomsten uit dienstbetrekking)

KLM is voorstander van een lid in dit artikel 15 dat bepaalt dat een inwoner een Verdragsluitende Staat ter zake van een dienstbetrekking als lid van de bemanning van een luchtvaartuig dat in internationaal verkeer wordt geëxploiteerd, slechts in die



Koninklijke Luchtvaart Maatschappij nv

Staat (de woonstaat) belastbaar is. De uitvoeringspraktijk is bij een toewijzing aan de woonstaat zeer gebaat.

Als voorbeeld moge dienen artikel 15 lid 3 van het recent gesloten verdrag met het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland.

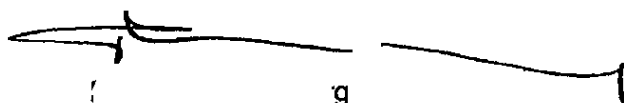
Belastingverdragen voor lucht- en scheepvaart

Recent heeft Nederland een deelverdrag voor de lucht- en scheepvaart gesloten met Bermuda. In dit verdrag is een bepaling opgenomen, artikel 2 lid 4, waarin bepaald wordt dat "the place of effective management of the existing KLM N.V. shall be deemed to be situated in the Netherlands, as long as the Netherlands has an exclusive taxing right with respect to KLM N.V. under the tax Convention between the Kingdom of the Netherlands and the French Republic." KLM pleit ervoor om deze bepaling in alle verdragen op te nemen. Waar mogelijk zou deze bepaling eveneens in de Protocollen bij de algemene belastingverdragen opgenomen kunnen worden.

Ter informatie sluiten wij hierbij een kopie in van onze brief van 5 juli 2006 betreffende hetzelfde onderwerp. Mochten er uwerzijds nog vragen zijn dan gelieve u contact op te nemen met ondergetekende.

Met vriendelijke groet,

KLM Fiscale Zaken



g

Bijlage.



Koninklijke Luchtvaart Maatschappij nv

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Afd. Bilaterale Zaken
Postbus 20201
2500 EE Den Haag

classificatie
uw referte
uw datum

telefoon
onze referte
onze datum
telefax

AMS/DB/041/LA
5 juli 2006

Amsterdamseweg 55

onderwerp

Verdragsonderhandelingen

Geachte Dames/Heren,

Met betrekking tot de oproep tot inbreng van fiscale aangelegenheden bij verdragsonderhandelingen vraagt KLM aandacht voor het volgende.

Het zal in het algemeen bekend zijn dat KLM als luchtvaartmaatschappij er bij gebaat is dat elk belastingverdrag een bepaling conform art. 8 van het OECD Modelverdrag bevat. Het is in de verdragsonderhandelingen gebruikelijk dat deze bepaling wordt opgenomen, gaarne voortzetting van dit gebruik.

Daarnaast verzoekt KLM met de verdragspartners te willen afspreken dat de heffingsrechten over beloningen verkregen ter zake van een dienstbetrekking uitgeoefend aan boord van een luchtvaartuig (art. 15 lid 3 OECD Modelverdrag) worden toegewezen aan de woonstaat van de werknemer. De praktijk is bij een toewijzing aan de woonstaat van de werknemer zeer gebaat.

Met betrekking tot de landen welke op de lijst staan om (her-) onderhandeld te worden het volgende.

Voor het bestaande verdrag met China lijkt het opnemen van het verdrag van 14/21 december 2004 tussen de Regeringen van China en Nederland raadzaam.

Verder is KLM naast de in de oproep genoemde landen zeer geïnteresseerd in belastingverdragen met Kenia, Tanzania en Ghana.

Mocht u nog vragen hebben dan gelieve u contact op te nemen met ondergetekende.

Hoogachtend,

KLM Fiscale Zaken



KONINKLIJKE VERENIGING VAN NEDERLANDSE REDERS

▷ Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

NVB

Ministerie van Financiën
IT-2 - 09 - 737
Ontv. 2 - 12 - 09
Uiterl. afdoening 3 - 12 - 09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

MD/MD/5.30.11/09-6515

Rotterdam, 6 oktober 2009

Geachte heer, mevrouw,

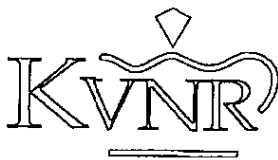
Betreft : Reactie KVNR consultatie fiscaal verdragsbeleid

De Koninklijke Vereniging van Nederlandse Reders (KVNR) wenst graag gebruik te maken van de consultatie over de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal verdragsbeleid en stelt deze mogelijkheid tot reageren zeer op prijs. Door spoedeisende andere fiscale dossiers ontvangt u deze reactie iets later dan de door u gestelde einddatum. Ik vertrouw er op dat u deze reactie alsnog in uw notitie aan de Tweede Kamer betreft.

De zeescheepvaart is van oudsher een mondiale bedrijfstak. De grote waarde van het uitgebreide netwerk van bilaterale verdragen voor de zeevaart kan dan ook niet genoeg benadrukt worden. Dit betreft niet alleen de generiek geldende artikelen, maar natuurlijk juist ook de specifieke (onderdelen van) artikelen betrekking hebbende op de zeevaart, zoals het artikel over de toewijzing van het heffingsrecht op winst uit onderneming.

De KVNR wenst in het kader van deze consultatie uw aandacht te vragen voor het artikel dat de toewijzing regelt van de belastingheffing op beloningen verkregen uit niet-zelfstandige arbeid, in casu de arbeidsbeloning voor zeevarenden. In de meeste verdragen is opgenomen dat de woonstaat van de zeevarende het recht tot heffing krijgt toegewezen. In een beperkt aantal verdragen is het recht tot heffing toegekend aan de werkstaat.

De KVNR benadrukt het zeer grote belang van het uitgangspunt dat het recht tot heffing toegewezen dient te worden aan de woonstaat. De achtergrond hiervan is dat de samenstelling van de bemanning aan boord van Nederlandse zeeschepen van oudsher internationaal is. Tegenwoordig heeft ca. 20% van de zeevarenden werkzaam aan boord van Nederlandse vlagschepen de Nederlandse nationaliteit. De overige zeevarenden hebben veelal de nationaliteit van een land van buiten de Europese Gemeenschap. Indien voor een bepaalde nationaliteit zeevarenden van buiten de EU het heffingsrecht, in afwijking van de



meeste huidige verdragen, bij uitsluiting aan Nederland zou worden toegewezen, heeft dat een aantal sterk negatieve gevolgen.

In de eerste plaats betekent het voor de Nederlandse reders een forse toename van de administratieve lasten. Voor de betrokken zeevarenden zal een sofi-nummer moeten worden aangevraagd en aan alle bijbehorende administratieve verplichtingen voldaan.

In de tweede plaats zullen de betrokken zeevarenden geconfronteerd worden met een forse achteruitgang van het maandelijks netto-salaris, door inhouding van de Nederlandse loonbelasting. Het uitleggen van deze verandering aan de betrokken zeevarenden zal op heel veel problemen stuiten en zorgen voor heel veel onrust op de Nederlandse vloot. Ook in deze economisch zware tijden voor de zeevaart kunnen zeevarenden nog relatief gemakkelijk een overstap maken naar een – in dit geval – niet Nederlandse werkgever. Nederlandse schepen kunnen dan stil komen te liggen bij gebrek aan voldoende gekwalificeerde bemanningsleden.

Indien de zeevarenden wel blijven zullen ze een regeling wensen ter compensatie van de forse daling van het maandelijks netto-salaris. Indien de lokale inspecteur in het land buiten de EU de in Nederland afgedragen loonbelasting niet wil gaan verrekenen of daar heel moeilijk over gaat doen, zal de verlegging van de heffing naar Nederland zelfs leiden tot een aanzienlijke structurele kostenstijging voor Nederlandse reders. (Ook indien er wel een volledige verrekening zou gaan plaatsvinden zullen betrokken zeevarenden een regeling willen om tijdelijk hun lagere netto-maandsalaris aan te laten vullen). De betrokken zeevarenden zullen namelijk een hoger brutoloon gaan eisen. Dat zou een zeer aanzienlijke verslechtering van de concurrentiepositie van Nederlandse reders betekenen en voor velen het einde van hun bedrijf of het verplaatsen van hun activiteiten naar het buitenland. Dat zou een ernstige verzwakking inhouden van de gehele Nederlandse maritieme cluster en op termijn zorgen voor het afkalven ervan. Ook indien er via allerlei regelingen en afspraken tussen Nederlandse reders, betrokken zeevarenden en lokale inspecteurs in het niet EU-land geen structurele loonkostenstijging zou zijn voor Nederlandse reders – hetgeen niet waarschijnlijk lijkt – zal het hele administratieve proces en onrust op de vloot de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsplaats voor reders fors ondermijnen. Ook de aantrekkelijkheid van Nederlandse reders als werkgever voor buitenlandse zeevarenden zal drastisch afnemen.

Ik meen met het bovenstaande voldoende het belang te hebben aangetoond van het handhaven van het woonstaatsbeginsel bij de verdragsonderhandelingen over de toewijzing van de belastingheffing op het arbeidsinkomen van zeevarenden.

Een afschrift van deze brief stuur ik aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, mw. Huizinga – Heringa.

Hoogachtend,

Piv. directeur

D&I

- ☒ s.v.p. inboeken en een IFZ nummer geven
- ☐ s.v.p. overdragen aan.....
- ☐ s.v.p. inboeken en een.....nummer geven
- ☐ s.v.p. archiveren
- ☐ retour, is uitgeleend

Alvast dank.

Met vriendelijke groet,

Secretariaat IFZ
Kamer KVB3.66

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE 'S-GRAVENHAGE

Ministerie van Financiën
IT-2 - 04 - 747
Ontv. 14-10-09
Uiterl. afdoening 8-12-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

VAN
DATUM 13 oktober 2009
BETREFT Consultatie internationaal (fiscaal) verdragsbeleid

Geachte heer, mevrouw,

Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid input te geven over het Nederlandse internationaal fiscaal (verdrags)beleid. In deze brief geven wij daartoe een overzicht van aandachtspunten die wij in de praktijk hebben gesignaleerd, waar mogelijk aangevuld met zo concreet mogelijke suggesties.

1. Verdragennetwerk

Momenteel begint Nederland wat gesloten belastingverdragen betreft op landen als Luxemburg en België kwalitatief haar traditionele voorsprong kwijt te raken. Een voorbeeld is de hoogte van bronstaatheffing over kwalificerende deelnemingsdividenden in het Nederlandse verdrag met China (10%) in vergelijking tot de hoogte van de bronstaatheffing in het Luxemburgse verdrag met China (5%). Andere landen, zoals Spanje, breiden daarnaast in hoog tempo hun verdragennetwerk uit, waarmee Nederland haar voorsprong verliest. Een kwalitatief en kwantitatief hoogwaardig verdragennetwerk is van groot belang om de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland te waarborgen. Ofschoon wij begrijpen dat de middelen voor verdragsonderhandelingen beperkt zijn, leeft in de praktijk het gevoel dat Nederland qua uitbreiding en heronderhandeling van belastingverdragen wordt 'ingehaald' door andere Europese landen die (mede daarom) met Nederland als vestigingsland concurreren. Wij hopen dat met de hernieuwing van het Nederlandse internationale fiscale (verdrags)beleid, Nederland zich ook sterk zal inzetten voor het onderhouden en verder uitbreiden van het verdragennetwerk.

2. Status verdragsonderhandelingen

De updates over de lopende onderhandelingen van belastingverdragen wordt zeer op prijs gesteld. De praktijk heeft er echter behoefte aan meer inzicht te krijgen in de status en verwachte tijdsduur

ALGEMENE VOORWAARDEN LOYENS & LOEFF N.V.

1. Loyens & Loeff N.V. ("Loyens & Loeff") is een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap, statutair gevestigd te Rotterdam, die zich ten doel stelt de advocatuur, de belastingadviespraktijk en het notariaat uit te oefenen.
2. Deze Algemene Voorwaarden gelden voor alle opdrachten van de opdrachtgever aan Loyens & Loeff.
3. Uitsluitend Loyens & Loeff geldt tegenover de opdrachtgever als opdrachtnemer. De artikelen 7:404 (dat een regeling geeft voor het geval het de bedoeling is dat een opdracht door een bepaalde persoon wordt uitgevoerd) en 7:407, lid 2 (dat hoofdelijke aansprakelijkheid vestigt voor het geval waarin aan twee of meer personen een opdracht wordt gegeven) van het Burgerlijk Wetboek blijven buiten toepassing.
4. De persoon die direct of indirect aandeelhouder van Loyens & Loeff is en die professionele werkzaamheden verricht ten behoeve van Loyens & Loeff zal door of vanwege Loyens & Loeff kunnen worden aangeduid als "partner" of "vennoot"; zulks in overeenstemming met het algemeen gebruik in de professionele praktijk. De als zodanig aangeduide persoon handelt bij de uitoefening van zijn professionele werkzaamheden uitsluitend voor rekening en risico van Loyens & Loeff.
5. Iedere aansprakelijkheid van Loyens & Loeff is beperkt tot het bedrag dat in een voorkomend geval uit hoofde van de door haar gesloten beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald, vermeerderd met het bedrag van het eigen risico dat volgens de polisvoorwaarden niet ten laste van verzekeraars komt.
6. Op de algemene voorwaarden kunnen zich ook die natuurlijke en rechtspersonen beroepen die direct of indirect aan Loyens & Loeff verbonden zijn en op enigerlei wijze bij de dienstverlening door of vanwege Loyens & Loeff zijn betrokken.
7. De verhouding tussen een opdrachtgever en Loyens & Loeff wordt beheerst door het Nederlandse recht.
8. Alleen de rechter te Rotterdam zal bevoegd zijn van enig geschil tussen de opdrachtgever en Loyens & Loeff kennis te nemen.

Gedeponeerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam op 1 juli 2009 onder nummer 43/2009.

LOYENS & LOEFF N.V. GENERAL TERMS AND CONDITIONS.

1. Loyens & Loeff N.V. ("Loyens & Loeff") is a public limited liability company established under the laws of the Netherlands and with its registered seat in Rotterdam for the purpose of providing legal services, tax advice and notarial services.
2. All relations between the client and Loyens & Loeff shall be subject to these General Terms and Conditions.
3. Loyens & Loeff shall operate as sole contracting party of the client. Articles 404 (which relates to the situation where it is the client's intention that an instruction be carried out by a specific person) and 407(2) (which imposes a joint and several liability where an instruction is given to two or more persons) of Book 7 of the Dutch Civil Code shall not be applicable.
4. The person who is a direct or indirect shareholder of Loyens & Loeff and who performs professional services for Loyens & Loeff may be referred to by or on behalf of Loyens & Loeff as "partner" or "vennoot", this in accordance with general professional custom. The person referred to as such acts exclusively for the account and risk of Loyens & Loeff in performing his or her professional services.
5. Any liability of Loyens & Loeff is limited to the amount paid out under its professional liability insurance policy, increased by the amount of the deductible that is not for the account of the insurers under the policy terms and conditions.
6. These General Terms and Conditions may also be invoked by persons and legal entities associated with Loyens & Loeff, whether directly or indirectly, and that are involved in any manner in the services provided by or on behalf of Loyens & Loeff.
7. The relations between a client and Loyens & Loeff shall be governed by the laws of the Netherlands.
8. The court in Rotterdam shall be exclusively competent to hear any dispute between the client and Loyens & Loeff.

Filed at the registry of the District Court of Rotterdam on 1 July 2009 under number 43/2009.

BANKREKENINGNUMMERS KWALITEITSREKENINGEN NOTARIAAT

AMSTERDAM

ABN AMRO BANK

33.12.97

(\$)

EINDHOVEN

ABN AMRO BANK

ING BANK

RABOBANK

CLIENT ACCOUNT BANK NUMBERS CIVIL LAW NOTARIES

ROTTERDAM

ABN AMRO BANK

ING BANK

van die onderhandelingen. Voorbeelden zijn de te herziene verdragen met Indonesië en Australië die al lange tijd op de lijst staan. Een ander voorbeeld is het verdrag met Japan, waarbij de praktijk reikhalzend uitzielt naar de reeds lang in het vooruitzicht gestelde verlaging naar 0% op kwalificerende deelnemingsdividenden.

3. Tijdsduur ratificatie

De tijdsduur van ratificatie lijkt in sommige gevallen te lang. Een duidelijk voorbeeld is de goedkeuring van het nieuwe verdrag met het Verenigd koninkrijk dat een jaar geleden (26 september 2008) is gesloten, maar nog steeds niet is geratificeerd. Inwerkingtreding lijkt daardoor niet voor 1 januari 2011 te verwachten. Zelfs als verdragsonderhandelingen lang duren, kan in ieder geval met een snelle ratificatie het Nederlandse vestigingsklimaat worden verbeterd.

4. Treaty override

Steeds meer landen, zoals Duitsland, Italië, Oostenrijk, de Verenigde Staten en, naar wij begrijpen, binnenkort ook India, zetten met nationale wetgeving (zoals CFC-regels) de (effectieve) werking van belastingverdragen opzij (treaty override). Het zou de Nederlandse positie moeten blijven dat treaty override onaanvaardbaar is. De praktijk zou er daarnaast bij gebaat zijn, als uiteengezet wordt hoe Nederland zijn verdragsinwoners wil beschermen tegen de gevolgen van treaty override, alhoewel wij onderkennen dat de middelen daartoe beperkt zijn.

5. Verdragsinterpretatie

In de praktijk merken wij dat een verdragspartner een verdragsbegrip soms erg strikt of juist erg ruim interpreteert. Zo lijkt India al bij zeer geringe activiteiten tot een Indiase vaste inrichting te concluderen. Daarnaast merken wij dat verdragspartners verdragsbegrippen inconsistent invullen. Een voorbeeld is wederom India bij de interpretatie artikel 12 van het verdrag met India (royalty's, vergoedingen voor technische diensten en vergoedingen voor het gebruik van uitrusting). Een inconsistente, te ruime of te strikte interpretatie geeft rechtsonzekerheid en kan tot dubbele belasting leiden. De praktijk is erbij gebaat als uiteengezet wordt hoe Nederland dergelijke interpretatieproblemen poogt te voorkomen. Een suggestie is om samen met de andere verdragspartner artikelsgewijze nota's van toelichting op te stellen en te publiceren (zoals Nederland ook deed bij het verdrag met België).

6. Feitelijke leiding

Het verdragsconcept "vestigingsplaats van lichamen" houdt in de praktijk geen gelijke tred met technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. De opmerkingen in de 2008-versie van het Commentaar bij het OESO Modelverdrag (OESO-Commentaar) over de toegenomen mobiliteit van

het bestuur, biedt in dit verband richting, maar is niet voldoende om de vestigingsplaats eenduidig aan te kunnen wijzen. De praktijk zou gebaat zijn bij een Nederlandse visie in dit verband.

Voorts noemt het OESO-Commentaar (artikel 4, onderdeel 24.1, zesde volzin) als de laatste factor voor de bepaling van de vestigingsplaats, de omstandigheid of de vaststelling dat de (verdrags)vestigingsplaats in een van de beide verdragsstaten is gelegen (en niet in de andere) oneigenlijk gebruik van het belastingverdrag mee zou kunnen brengen. Een dergelijke factor voor de bepaling van de verdragsvestigingsplaats geeft rechtsonzekerheid, mede nu er geen nadere invulling is gegeven aan het begrip oneigenlijk gebruik. Het is wenselijk te vermenen wat Nederland heeft bewogen deze passage te accorderen en hoe Nederland deze factor in de praktijk zal hanteren voor de bepaling van de verdragsvestigingsplaats.

7. Dubbele vestigingsplaats en onderling overleg

De praktijk ziet graag dat Nederland afstapt van de ingeslagen weg om in geval van dubbele vestigingsplaats van lichamen (dual residence), de verdragsvestigingsplaats in onderling overleg te bepalen. Een recent voorbeeld in dit verband is het nieuwe verdrag met het Verenigd Koninkrijk. Een ander voorbeeld is het verdrag met de Verenigde Staten, waarbij ons gevallen bekend zijn, waar het onderling overleg moeizaam verloopt. Hoewel de klassieke tie breaker niet perfect is, biedt deze duidelijk meer rechtszekerheid dan een onderling overlegprocedure, waarvan de duur en uitkomst onzeker zijn en waarbij gedurende deze procedure onduidelijk is waar de verdragsvestigingsplaats is gelegen.

8. Hybride entiteiten en verdragstoepassing

Het OESO partnership-rapport uit 1999 en het Besluit van 19 maart 1997 inzake de verdragstoepassing op hybride buitenlandse entiteiten zijn inmiddels tien respectievelijk twaalf jaar oud. Een update van het verdragsbeleid op dit punt is wenselijk. Een suggestie is dat Nederland in zijn verdragsbeleid tot uitdrukking brengt dat het met betrekking tot hybride entiteiten (die al dan niet in een derde staat zijn gevestigd) verdragstoepassing verleent aan de achterliggende participanten indien en voor zover (i) deze participanten zijn gevestigd in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten, (ii) zij zijn aan te merken als een verdragsinwoner, en (iii) zij in dit verdragsland in de heffing worden betrokken voor het betreffende inkomensbestanddeel. Voorts zou het wenselijk zijn dat Nederland verdragstoepassing verleent aan entiteiten die (a) vanuit Nederlands nationaal recht fiscaal transparant zijn, (b) gevestigd zijn in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten en (c) op grond van dat belastingverdrag als verdragsinwoner kwalificeren.

9. Begrip vaste inrichting

Nederland zou een mogelijke uitbreiding van het OESO-begrip vaste inrichting zoveel mogelijk tegen moeten gaan. Het invoeren van allerlei fictieve vaste inrichtingen, zoals sommige landen dat voor ogen hebben (bijvoorbeeld op het terrein van (technische) dienstverlening), zal leiden tot een toename van de administratieve lasten (in het bijzonder de aangifteplicht).

Verder is het - vanuit het oogpunt van rechtszekerheid - onwenselijk dat negatieve vaste inrichting-verklaringen regelmatig niet worden afgegeven. Wat is de achtergrond hiervan?

10. Vaste inrichtingswinst

Zeer binnenkort wordt de nieuwste tekst van het nieuwe artikel 7 OESO-Modelverdrag verwacht. Uitgangspunt wordt de toerekening van 'free capital' aan een vaste inrichting, waardoor binnen een bepaalde marge en met inachtneming van een zekere verhouding van eigen en vreemd vermogen, renteaftrek ten laste van de vaste inrichtingswinst mogelijk blijft. Opmerkelijk is daarbij dat de verdragspartner die als eerste de toerekening van 'free capital' maakt - en daarmee in feite de omvang van de aftrekbare rente bepaalt - in beginsel de andere verdragspartner aan deze toerekening bindt. Wij zijn benieuwd hoe Nederland hiertegenover staat.

11. Uiteindelijk gerechtigde

In de praktijk worden belastingplichtigen met enige regelmaat geconfronteerd met een verzoek van de fiscale autoriteiten van het bronland om Nederland als woonland te laten verklaren dat belastingplichtige naar het recht van het woonland als uiteindelijk gerechtigde van inkomsten wordt aangemerkt. Hoewel Nederland in lijn met de tekst van de meeste belastingverdragen als woonland geen invulling hoeft te geven aan het begrip uiteindelijk gerechtigde, is het wenselijk dat Nederland in een woonplaatsverklaring desgewenst tevens bevestigt dat de inwoner naar Nederlandse maatstaven als uiteindelijk gerechtigde geldt. Het zou in dit kader overigens helpen als het begrip uiteindelijk gerechtigde in belastingverdragen wordt gedefinieerd.

12. Uitvoeringsvoorschriften

In de praktijk blijken sommige landen, zoals Indonesië en Bulgarije, uitvoeringsvoorschriften niet of niet tijdig uit te (willen) vaardigen. Het ontbreken van uitvoeringsvoorschriften kan verregaande gevolgen hebben. Zo begrijpen wij dat de Indonesische overheid zich op het standpunt stelt dat de heffing van Indonesische bronbelastingen niet door het verdrag wordt beperkt, zolang er nog geen uitvoeringsvoorschriften zijn. Vervolgens is het niet zeker of de volledige Indonesische bronheffing in Nederland verrekend kan worden of slechts de bronheffing, die Indonesië onder het verdrag zou mogen heffen indien de uitvoeringsvoorschriften wel beschikbaar zouden zijn. In dergelijke gevallen ontstaat daarnaast op zijn minst onzekerheid of dubbele belasting wordt voorkomen. De praktijk zou

er bij gebaat zijn als bij het sluiten van verdragen directe uitvaardiging van uitvoeringsvoorschriften wordt verlangd, dan wel dat daartoe een termijn met de verdragspartner wordt overeengekomen.

13. Heffingen van bronlanden

In de praktijk is niet altijd duidelijk welke heffingen van bronlanden onder de dividend-, interest en royaltyartikelen van belastingverdragen worden beperkt en voor verrekening in aanmerking komen. Een voorbeeld is de 17% Indiase dividend distribution tax. India beschouwt deze belasting kennelijk niet als heffing die door het dividendartikel wordt beperkt, maar als een soort surtax / vennootschapsbelasting onder het ondernemingswinstartikel. Om rechtsonzekerheid te voorkomen zou het standpunt moeten zijn dat niet alleen bronheffingen onder de genoemde artikelen vallen, maar (in lijn met Hoge Raad 11 oktober 1978, *BNB* 1978/300) ook bijvoorbeeld winstbelastingen, zoals de vennootschapsbelasting. Nederland zou dit uitdrukkelijk in (het protocol bij) belastingverdragen kunnen uitwerken.

14. Most-favoured-nation clauses

Wij vernemen graag of Nederland voorstander is om most-favoured-nation clauses in belastingverdragen op te nemen.

15. Vervreemdingswinsten op aandelen

Het Nederlandse vestigingsklimaat zou worden verbeterd als de heffing over vervreemdingswinsten op aandelen altijd aan het woonland van de vervreemder wordt toegewezen (ongeacht of de betreffende vennootschap bezittingen (zoals onroerende zaken) heeft in het andere verdragsland). In bepaalde belangrijke verdragen is dit thans anders geregeld. Zo wijst het verdrag met China de heffing over vervreemdingswinsten op aandelen toe aan het land waar de vervreemde "zaken" zich bevinden. Nu, naar wij begrijpen, naar Chinees recht aandelen in een Chinese vennootschap geacht worden zich in China te bevinden, vindt daarmee vanuit Chinees perspectief toewijzing aan China plaats. De Nederlandse deelnemingsvrijstelling verliest daarmee in een Chinese context een groot deel van haar attractiviteit.

16. Arbitragebepalingen

Het is naar onze mening wenselijk dat Nederland zoveel mogelijk een verplichte arbitragebepaling in belastingverdragen opneemt. Thans ontbreekt een dergelijke bepaling in belangrijke belastingverdragen, zoals het verdrag met China.

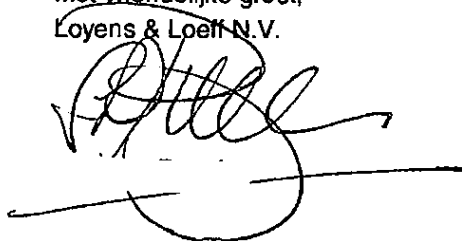
Voorts vinden wij het wenselijk dat (toekomstige) verdragen zoveel mogelijk worden uitgerust met een bepaling als bedoeld in artikel 9 lid 2 van het OESO-Modelverdrag, nu in de praktijk de Nederlandse soepele opstelling in geval van 'corresponding adjustments' goed blijkt te werken.

17. Aanmerkelijk belangheffing in de vennootschapsbelasting

Het Nederlandse vestigingsklimaat zou naar onze mening verbeterd worden als de toezegging dat de buitenlandse belastingplicht van artikel 17 lid 3 letter b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 buiten toepassing blijft in situaties die worden bestreken door de Moeder-Dochterrichtlijn (behoudens gevallen van misbruik en fraude), wordt doorgetrokken naar situaties die daar niet onder vallen (bijvoorbeeld in geval van niet-EU moedervervenootschappen of als het minimumbelang niet wordt gehaald).

Wij hopen dat de bovenstaande aandachtspunten positief zullen bijdragen aan de formulering van het Nederlandse internationaal fiscaal (verdrags)beleid. Uiteraard lichten wij onze brief graag mondeling toe. Daarnaast zijn wij op continue basis graag bereid om aandachtspunten en praktijkervaringen te delen in het kader van (her)onderhandeling van specifieke belastingverdragen.

Met vriendelijke groet,
Loyens & Loeff N.V.



Raad van Bestuur
Postbus 5210
2280 HE Rijswijk
T
F
W www.mn-services.nl

AANTEKENEN

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
T.a.v. de heer mr. E.A. Visser
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Uw brief van
Uw referentie
Onze referentie

VGO09.005/sks

Datum

23 september 2009

Ministerie van Financiën
IF2-09-688
Ontv. 25-9-09
Uiterl. afdoening 19-11-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

Gaarne bij correspondentie over dit onderwerp onze referentie vermelden.

Betreft: consultatie aandachtspunten fiscaal verdragsbeleid

Geachte heer/mevrouw,

In uw nieuwsbericht van 31 augustus 2009 heeft u partijen verzocht relevante aangelegenheden in relatie tot het fiscaal verdragsbeleid onder uw aandacht te brengen.

Inleiding

Mn Services¹ is actief als vermogensbeheerder voor met name Nederlandse pensioenfondsen. Namens onze klanten wordt wereldwijd geïnvesteerd in diverse activa. Onze dienstverlening aan hen omvat tevens het (laten) verzorgen van teruggave van (buitenlandse) bronbelasting. In de praktijk heeft de Afdeling Juridische & Fiscale Zaken van Mn Services dan ook regelmatig te maken met de toepassing en uitvoering van fiscale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

Bij de toepassing van de verdragen is er een aantal onderwerpen dat in de praktijk telkens terugkomt en vaak vragen oproept zowel bij buitenlandse fiscale autoriteiten als bij contractspartijen en organisaties aan wie de feitelijke verzorging van de teruggave van buitenlandse bronbelasting is uitbesteed.

¹ Naast het vermogensbeheer voert Mn Services de pensioenadministratie voor Nederlandse pensioenfondsen. Onze organisatie beheert activa met een waarde van meer dan € 56 miljard (2009) voor 1,7 miljoen huidige en toekomstige pensioengerechtigden. Tevens voert zij de pensioenadministratie uit voor meer dan 1,2 miljoen werknemers en ongeveer 35.000 werkgevers. Hiermee is ons bedrijf een van de grootste vermogensbeheerders en pensioenverzekers van Nederland.

Postbus 5210
2280 MZ Rijswijk



1. Inwonerschap – onderworpen aan belasting

Volgens artikel 4 van het OESO-Modelverdrag wordt als inwoner beschouwd *“any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile”*. Een entiteit die op grond van artikel 5 of 6 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (“Vpb”) is vrijgesteld, is in principe *“subject to tax”*. Een dergelijke entiteit is namelijk slechts vrijgesteld van vennootschapsbelasting voorzover voldaan wordt aan de voorwaarden voor de subjectieve vrijstelling die zijn neergelegd in de Vpb.

Er zijn gelukkig landen die dit standpunt delen en bijvoorbeeld een pensioenfonds als een inwoner onder het verdrag beschouwen. Echter in de praktijk komt het ook met enige regelmaat voor dat landen een subjectief vrijgestelde entiteit niet als een inwoner onder het verdrag beschouwen omdat deze entiteit niet *“liable to tax”* is. Vaak bestaat er ook niet de mogelijkheid om in de bronbelastingformulieren aan te geven dat de entiteit wel *“subject to tax”* is maar niet *“liable to tax”*.

Zoals ook beschreven in het OESO Commentaar op het OESO-Modelverdrag moet voor die landen specifiek een bepaling in het verdrag worden opgenomen waarin staat dat een subjectief vrijgestelde entiteit, zoals een pensioenfonds, als inwoner onder het verdrag kwalificeert. De teruggave en vermindering van bronbelasting in het buitenland kan vereenvoudigd worden indien Nederland in haar verdragen hiervoor een specifieke bepaling zou opnemen. Dat artikel geeft dan expliciet aan dat een entiteit, die op grond van artikel 5 en 6 van de Vpb subjectief is vrijgesteld, als inwoner in de zin van het verdrag moet worden aangemerkt.

2. Fonds voor gemene rekening

De relatief kleinere klanten (met name pensioenfondsen) maken veelvuldig gebruik van fondsen voor gemene rekening. Het collectief investeren van vermogen leidt tot schaalvoordelen. Daarnaast staan sommige investeringen alleen open voor grote investeerders. Door gezamenlijk te investeren kunnen deze klanten in dergelijke investeringen participeren.

Zeker als gebruik gemaakt wordt van transparante fondsen voor gemene rekening (“FGR”) leidt de teruggave en vermindering van bronbelasting in sommige landen tot problemen. In die landen wordt de besloten FGR niet erkend als een transparant vehikel. Dit heeft tot gevolg dat in die landen door onze klanten geen beroep op het verdrag gedaan kan worden. Zij betalen dan het lokale bronbelastingtarief. Indien in het verdrag de erkenning van de besloten FGR als transparante entiteit zou zijn opgenomen, zoals bijvoorbeeld in het Verdrag ter voorkoming van dubbele belasting tussen Nederland en de Verenigde Staten van Amerika (“Verdrag NL-USA”), dan kan de participant in een dergelijk fonds een beroep doen op vermindering of teruggave onder het verdrag.

3. Specifieke verdragsbepalingen voor pensioenfondsen

In sommige verdragen is een aparte bepaling opgenomen voor pensioenfondsen (zie als voorbeeld artikel 35 van het Verdrag NL-USA). In de praktijk beleggen, zoals hiervoor al opgemerkt, pensioenfondsen ook via een besloten of open FGR². Ook in deze situaties zou men dan gebruik moeten kunnen maken van een dergelijke specifieke bepaling voor pensioenfondsen.

² Of gebruik gemaakt wordt van een open of een besloten FGR hangt af van de landen waarin geïnvesteerd wordt en het soort inkomen dat het fonds zal gaan genereren.

Bij een besloten FGR zou dit moeten kunnen omdat sprake is van een transparant vehikel. Maar ook bij een open FGR dat geopteerd heeft voor het speciale regime voor de fiscale beleggingsinstelling ("FBI") waarin alleen pensioenfondsen participeren, zou dit moeten kunnen. Bij een FBI wordt de winst namelijk jaarlijks dooruitgedeeld aan de aandeelhouders. Het resultaat per saldo is voor het pensioenfonds gelijk ongeacht of deze direct of indirect investeert. De reden waarom in sommige situaties toch voor een open FGR met FBI status wordt gekozen ligt in het feit dat in die fondsen voor gemene rekening verdragsbescherming nodig is.

In de praktijk blijkt dat een open FGR waarin alleen pensioenfondsen participeren, geen beroep kan doen op een dergelijke specifieke bepaling voor pensioenfondsen. Wij zouden het dan ook op prijs stellen als bij pensioenfondsgerelateerde verdragsbepalingen *direct of indirect* wordt toegevoegd.

4. Vervreemding van onroerende zaken

Op grond van artikel 13 OESO Modelverdrag mogen voordelen uit de vervreemding van onroerende zaken worden belast in het situsland van de onroerende zaken. Bij investeringen in onroerende zaken door institutionele investeerders wordt vaak gebruik gemaakt van (buitenlandse) fondsen die op hun beurt direct of indirect investeren in de onroerende zaken. In de praktijk is het vaak een discussie of in het geval een institutionele investeerder haar belang in een dergelijk fonds vervreemdt (overdraagt of laat inkopen), er op grond van artikel 13 lid 1 van het verdrag in het buitenland vermogenswinst mag worden geheven. Naar wij begrijpen en uit het OESO commentaar eveneens kunnen opmaken wordt in beginsel alleen bedoeld een directe vervreemding van onroerende zaken. Bij een vervreemding van een fondsbelang zal men moeten kijken of sprake is van een "onroerende zaak lichaam" teneinde alsnog tot een heffing in het situsland te kunnen komen. Dit laatste dan alleen indien en voorzover het verdrag expliciet in een indirecte vervreemding voorziet in artikel 6 van het verdrag. Er van uitgaande dat wij een juiste lezing van artikel 13 lid 1 OESO Modelverdrag aanhangen, zou in dat geval de toevoeging van het woord "*directe*" aan "*vervreemding van onroerende zaken*" in artikel 13 lid 1 meer duidelijkheid verschaffen.

Afsluiting

De vier genoemde punten leiden in de dagelijkse uitvoeringspraktijk regelmatig tot discussies met andere partijen. Een aanvulling van de verdragsbepalingen op deze punten zal leiden tot meer duidelijkheid over de fiscale positie van onze institutionele investeerders, zijnde Nederlandse pensioenfondsen. Wij zouden het dan ook zeer op prijs stellen indien u bij de heroverweging van de uitgangspunten van het verdragsbeleid bovengenoemde punten eveneens in uw overweging mee zou willen nemen.

Voor een nadere toelichting op bovenstaande punten zijn wij uiteraard altijd bereid. U kunt hiervoor contact opnemen met onze afdeling Juridische & Fiscale Zaken (contactpersoon Vanessa Godron). Het secretariaat van deze afdeling is telefonisch te bereiken onder 070 31 60 174.

Met vriendelijke groet,

Voorzitter Raad van Bestuur

NEXIA NEDERLAND ☐

Accountants en belastingadviseurs

Vertrouwelijk
Ministerie van Financiën
T.a.v. Directie Internationale Fiscale Zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Jozef Israëlskade 46
NL-1072 SB Amsterdam
Postbus 53045
NL-1007 RA Amsterdam

info@horlings.nl
www.horlings.nl

Vestigingen in Almere, Amsterdam en
Heemstede

Amsterdam, 1 oktober 2009

Betreft: vragen in het kader van consultatie verdragsbeleid

Geachte heer, mevrouw,

Ministerie van Financiën
IF2 - 09 - 715
Ontv. 2-10-09
Uiterl. afdoening 26-11-09
Dossienummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

In het kader van het consultatie fiscaal verdragsbeleid stellen wij graag de volgende vraag aan de orde.

In het huidige verdrag met het Verenigd Koninkrijk is voor vennootschappen met een dubbele vestigingsplaats (dual resident vennootschap) bepaald dat de plaats waar de feitelijke leiding is gelegen doorslaggevend is. Met andere woorden: de heffingsbevoegdheid over de winsten van vennootschappen met een dubbele vestigingsplaats wordt onder het huidige verdrag met het Verenigd Koninkrijk toegewezen aan het land waar de feitelijke leiding is gelegen. Deze regel wordt de zogenaamde 'tie breaker regel' genoemd en deze regel geeft rechtszekerheid aan belastingplichtigen en voorkomt dat zij in beide landen worden belast.

In het nieuwe verdrag d.d. 26 september 2008 met het Verenigd Koninkrijk wordt de tie-breaker regel vervangen door een bepaling op grond waarvan beide landen in onderling overleg moeten vaststellen waar de vennootschap is gevestigd. Voor de onderlinge overlegprocedure geldt voorts dat er geen bindende arbitrage binnen twee jaar kan worden afgedwongen, zodat belanghebbende geen zekerheid hebben dat er een Het vervangen van de tie-breaker regel door een onderlinge overlegprocedure is zoals u bekend ook in het verdrag met Canada ook is overeengekomen en wordt als alternatieve mogelijkheid in de 2008 Update van het OESO Modelverdrag genoemd.

Kunt u ons informeren of het vervangen van de tie-breaker regel door een onderlinge overlegprocedure is onderdeel is van het nieuwe verdragsbeleid van Nederland?

Deze nieuwe regel creëert rechtsonzekerheid. Bovendien bepaalt het nieuwe verdrag dat als landen er niet uitkomen in onderling overleg, de dual resident vennootschap een aantal belangrijke bepalingen uit het verdrag niet meer kan toepassen. De belanghebbenden wordt de regeling van de tie-breaker ontnomen en daarmee ook de toetsing van desbetreffende (geschrapte) verdragstekst door de onafhankelijke rechter. De belanghebbenden worden op dit punt volledig overgeleverd aan de bureaucratie van de verdragsluitende Staten.

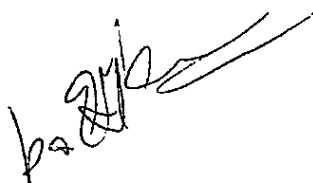


Nexia Nederland is member of Nexia International, a network of accounting and consulting firms.

HORLINGS ☐

Wij zouden graag uw bevestiging ontvangen door in toekomstige verdragsonderhandelingen de tie-breaker regel niet wordt prijsgegeven ten gunste van een onderlinge overlegprocedure gezien de langdurige onzekerheid die dit met zich meebrengt.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'ba 21/10', written diagonally.

P.O. Box 372
2990 AJ BARENORECHT
The Netherlands
E-mail: info@r



belastingadviseurs
tax consultants

Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale zaken
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Rotterdam , 25 september 2009

Ministerie van Financiën
IT-2-09-680
Ontv. 25-09-09
Uiterl. afdoening 10-11-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

BETREFT: Consultatie voor nieuwe notitie fiscaal verdragsbeleid 2010.

Geachte directie,

Onder verwijzing naar uw uitnodiging om commentaar en aandachtspunten ten behoeve van een herziening van het fiscaal verdragsbeleid, maak ik graag van de gelegenheid gebruik enkele punten onder uw aandacht te brengen. Ik zal mijn bijdrage hier beperken tot wederzijdse administratieve bijstand, meer speciaal de Bijzondere bepalingen met betrekking tot de uitwisseling van inlichtingen. Mijn aandacht gaat daarbij met name uit naar de positie van het subject, de betrokkene, het voorwerp van onderzoek en naar degene bij wie de informatie wordt ingewonnen.

TIEA of DTA.

De notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht' van 15 april 1998 is terecht aan vervanging toe. Verdergaande internationalisering van het economisch leven nopen tot een aanpassing van de internationale regelingen. In 2002 heeft de OESO een model Tax Information Exchange Agreement vastgesteld, welk model de nieuwe standaard stelt ten aanzien van administratieve bijstand. Het Nederlandse Standaard modelverdrag (kamerstuk 20365, hierna NL model) gaat in artikel 27 voor de kwalificatie van de uit te wisselen inlichtingen nog uit van een kwalificatie 'nodig voor de uitvoering van de bepalingen van deze Overeenkomst of van de nationale wetgeving van de Staten met betrekking tot de belastingen waarop de Overeenkomst van toepassing is, voor zover de heffing van die belastingen in overeenstemming is met de Overeenkomst.' Het element 'nodig' is in het OESO Modelverdrag inmiddels vervangen door de standaard 'naar verwachting relevant = foreseeably relevant'. Daarnaast is het oogmerk van de uitwisseling uitgebreid, zodanig dat de uitwisseling ook ten doel heeft 'the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description' of zoals onze Hoge Raad het omschrijft, 'ter uitvoering van de belastingwet'. In het OESO model TIEA is het oogmerk nog verder uitgebreid met 'the recovery and enforcement of tax claims, or the investigation or prosecution of tax matters'. Een dergelijke

Consultatie Verdragsbeleid Bijdrage

uitbreiding is nog te begrijpen in het kader van een TIEA, maar is moeilijker te vatten als een bepaling in een verdrag welke als primaire doelstelling heeft de voorkoming van dubbele belasting. Naar mijn mening is het beter om in het kader van de nieuw te formuleren uitgangspunten de Bijzondere bepalingen mbt. administratieve bijstand bij de heffing, invordering en uitvoering van de belastingwetten in een apart verdrag te regelen. Het model TIEA is daarvoor een goed voorbeeld.

SFEEROVERGANGEN

Naar mijn mening is er nu onvoldoende aandacht voor sfeerovergangen tussen heffing en beboeting en strafvervolgning. De controle van heffingsfeiten loopt gemakkelijk over in een onderzoek naar belastbare feiten en vervolgens naar het opsporen van strafbare feiten. De uitwisseling van inlichtingen is primair ervoor bedoeld om de werking van het verdrag mogelijk te maken en ter verzekering van de heffingsrechten van de woonstaat. Daarvoor zijn controlehandelingen nodig. Maar door ook het element van onderzoek ten behoeve van de beboeting van fiscaal strafbare feiten en het opsporingsonderzoek naar fiscale fraude onder dezelfde noemer te brengen, wordt het hele systeem op spanning gezet. De WIB is primair ingericht voor het verlenen van wederzijdse bijstand bij de heffing van de belastingen. Het gebruik van de WIB ook voor de doeleinden van opsporing en vervolging is mijns inziens onjuist, maar wordt bij gebrek aan iets beters toch getolereerd door Minister en rechtspraak. De sfeerovergang van controle naar onderzoek naar opsporing heeft rechtstreekse gevolgen voor de rechtspositie van de belastingplichtige of van de administratieplichtige als het een derden onderzoek betreft. Waar de persoon in het kader van controle een meewerkverplichting heeft, heeft de persoon een recht om te zwijgen als het betreft een onderzoek naar beboetbare feiten of een opsporingsonderzoek naar strafbare feiten. Echter dat zal hem niet duidelijk worden gemaakt, tenzij de belastingdienst als controlerende instantie recht doet aan de rechtsbescherming en transparant wil opereren. Veel meer dan tot nu toe zal de belastingdienst naar mijn mening een in dit kader in te stellen onderzoek moeten motiveren en daarbij helder moeten zijn over de oogmerken van zo'n onderzoek.

EG RECHT

Het Ministerie is nalatig gebleven met het aanpassen van de dubbele belasting verdragen aan de voortschrijdende inzichten zoals verwoord in het commentaar van de OESO model verdragen. Het Ministerie beroept zich erop dat de Richtlijn wederzijdse administratieve bijstand 77/799/EEG de bestaande bijstandsbepalingen in de dubbele belastingverdragen tussen EU lidstaten min of meer opzij kan zetten. Ik verwijs naar het antwoord van de Staatssecretaris van Financiën op vragen van het kamerlid Ybema, persbericht 24 sept 1992, nr. 92/203: "Deze richtlijn, welke voorziet in het uitwisselen van inlichtingen tussen de Lid-staten van de EG, heeft voorrang op de verdragsbepaling inzake de uitwisseling van inlichtingen in de door Nederland met andere EG lid staten gesloten belastingverdragen, tenzij, zoals in art. 11 van de richtlijn is bepaald, in de verdragsbepaling een verdergaande verplichting tot uitwisseling van inlichtingen is opgenomen."

Op basis van dit standpunt is verzuimd over te gaan tot het aanpassen van de belastingverdragen op het punt van administratieve bijstand. Op grond van een onjuist oordeel over het europees rechtelijke karakter van een richtlijn, is nagelaten om voldoende maatregelen te nemen die een effectieve uitwisseling van inlichtingen mogelijk maken.

Consultatie Verdragsbeleid

Bijdrage

Krampachtig wordt aan dat standpunt vastgehouden (wijziging en toevoeging van art 8 lid 3 WIB per 1 jan 2008) en met harde hand wordt medewerking aan een controleonderzoek afgedwongen op basis van niet meer dan een richtlijn als grondslag daarvoor. Uit de verhoogde activiteit van de Staatsecretaris gedurende de laatste tijd, moet ik afleiden dat het Ministerie nu wellicht tot een ander oordeel is gekomen, want in een ander kader kan ik de recente wijzigingen van de dubbele belastingverdragen met Luxemburg, België en Oostenrijk niet plaatsen. Als de Richtlijn de bovenliggende regeling zou zijn, is de aanpassing van de dubbele belastingverdragen op dit punt niet nodig.

RICHTLIJN 77/799/EEG

De Richtlijn 77/799/EEG heeft niet geleid tot een effectieve uitwisseling van inlichtingen en naar mijn verwachting zal de voorgestelde nieuwe richtlijn dit ook niet doen. (zie mijn artikel daarover in MBB, april 2009). Vergeleken met de situatie in 1977 is er thans sprake van een verhoogd besef van nationale soevereiniteit, welke zwaardere voorwaarden zal stellen aan het subsidiariteitsbeginsel op grond waarvan de Europese Commissie en de Raad een richtlijn kunnen vaststellen. Ook om die reden denk ik dat het Ministerie veel meer energie moeten steken in het heractiveren van het Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB verdrag) en moet proberen dit verdrag een 'Schengen' status te geven. Voordeel daarvan is dat de sfeerovergangen beter geregeld kunnen worden en dat de administratieve bijstand niet afhankelijk gemaakt wordt van een veto recht van één der lidstaten.

INFORMATIEGARING

Het Ministerie heeft in het kader van de uitwisseling van inlichtingen vooral aandacht voor wat men noemt de 'information gathering' maatregelen. Het volledige arsenaal van art 47 AWR wordt op de belanghebbende losgelaten, terwijl het daaraan ten grondslag liggende verdrag wellicht niet verder gaat dan het toestaan van uitwisseling van inlichtingen welke voorzienbaar relevant zijn voor de belastingheffing van een specifieke persoon in het verzoekende land. Deze 'overkill' in het gebruik van onderzoeksmethoden is slecht voor het aanzien van de belastingdienst. De opdracht van de Minister aan de dienst om een onderzoek in te stellen op basis van art 8 WIB zou daarom de verdragsbeperkingen volledig in acht moeten nemen.

INLICHTINGENVERWERKING

Weinig aandacht heeft het Ministerie voor de distributie van de inlichtingen. De Staatssecretaris heeft in de nieuwe aanvullende protocollen met Oostenrijk en Luxemburg afgesproken dat de verzoekende staat aan de aangezochte staat dient aan te tonen dat de gevraagde inlichtingen naar verwachting van belang zullen zijn en om dat te kunnen beoordelen moet dan door de verzoekende staat specifieke informatie worden verschaft. Ik verwijs daarvoor naar het aanvullende protocol, maar licht daaruit c.) "het fiscale doel waarvoor om inlichtingen wordt verzocht". Het zou de Minister sieren als in een nieuw te maken voorschrift Inlichtingen uitwisseling buitenland de belastingdienst zou worden opgedragen om zulk doel ook aan de belanghebbende mede te delen, bij aanvang onderzoek, maar uiterlijk bij de kennisgeving van art 5 WIB.

Consultatie Verdragsbeleid Bijdrage M

POSITIE BETROKKENE

Nog minder belang hecht het Ministerie aan de privacy bescherming van de betrokkene. Op grond van wet bescherming persoonsgegevens mogen inlichtingen niet worden uitgewisseld ('verwerkt') dan met toestemming van de betrokkenen, welke betrokkenen een correctierecht moeten kunnen uitoefenen. De huidige praktijk van de belastingdienst/ FIOD-ECD is er een die er op gericht lijkt dit correctierecht zoveel als mogelijk te frustreren.

Op grond van art 5 WIB wordt een kennisgeving verstrekt aan degene van wie de inlichtingen afkomstig zijn. Op grond van de Privacyrichtlijn en de wet bescherming persoonsgegevens zou een kennisgeving ook gezonden moeten worden aan de betrokkene bij de inlichtingen uitwisseling (degene van wie of over wie de inlichtingen/persoonsgegevens verwerkt worden). In het derde lid van art. 5 WIB is uitdrukkelijk geregeld dat uitsluitend degene van wie de inlichtingen verkregen zijn, belanghebbende is in een procedure betreffende de kennisgeving. Het is dan ook meer dan verwonderlijk dat de Staatssecretaris in de TIEA met Antigua & Barbuda (art 8 lid2), Anguilla (Protocol art 1), Cayman (II ad art 5, sub e), Saint Christopher & Nevis (art 8 sub 2 verwijzend naar art 199 van Economic partnership Agreement between Cariforum States and EC of 15-10-2008), Saint Vincent & Grenadines (art 8 sub 2 verwijzend naar art 199 van Economic partnership Agreement between Cariforum States and EC of 15-10-2008) en Turks&Caicos Islands (protocol art 1 ad art 5 sub e.) is overeengekomen dat "upon application the person concerned shall be informed...etc". Ik vraag mij of hoe deze bepaling te rijmen valt met het derde lid van art 5 WIB. Daaruit blijkt m.i. ook dat de WIB op het punt van rechtsbescherming rechten ontnemt aan betrokkenen , welke betrokkenen wel onder de verdragen en de Nederlandse wet op de persoonsbescherming worden toegekend. Een wonderlijke zaak.

Een beter voorbeeld van goede privacy bescherming is te vinden in de TIEA tussen de Bondsrepubliek en Gibraltar (twee EU lidstaten), waarbij in het protocol is bepaald Art 1: "With respect to paragraph 5 of article 8 the Contracting parties shall ensure the protection of personal data at a level that is equivalent to that of Directive 95/46/EC" en in art 1, sub c): "The supplying agency shall be obliged to ensure that the data to be supplied are accurate and their foreseeable relevance within the meaning of Art 1 and that they are proportionate to the purpose for which they are supplied....If it emerges that inaccurate data or data which should not have been supplied have been supplied, the receiving agency shall be informed without delay. That agency shall be obliged to correct or erase such data without delay....".

BEPERKTE ONDERZOEKEN EN UITGEBREIDE CONTROLES

Op grond van de tijdelijke regeling tussen de bevoegde autoriteiten van Nederland en België m.b.t. grensoverschrijdende samenwerking inzake de rechtstreekse uitwisseling van fiscale inlichtingen van 21 maart 2008 worden door bevoegde ambtenaren inlichtingen uitgewisseld, op verzoek, welke voorhanden zijn en betreffen individuele gevallen. In dit geval is bij verwerking van die gegevens op grond van de WIB geen kennisgeving ex art. 5 WIB vereist. Echter bij Avenant van 20 juli 2009 is de tijdelijke regeling gewijzigd en is het niet langer

Consultatie Verdragsbeleid

Bijdrage

nodig dat de inlichtingen 'voorhanden' moeten zijn, maar worden ook " inlichtingen uitgewisseld waarvoor beperkte onderzoeken bij belastingplichtigen of derden noodzakelijk zijn, maar geen uitgebreide controles". Dat roept de vraag op waar het onderscheid ligt tussen beperkte onderzoeken en uitgebreide controles, omdat artikel 8 WIB slechts één soort kent, namelijk 'onderzoek'. Omdat een onderzoek wordt ingesteld, is nu een Kennisgeving ex art. 5 WIB noodzakelijk. Ik hoop dat het Ministerie de betreffende ambtenaren daarop zal wijzen. Voorshands lijkt het mij, dat de onderzoeken (beperkt of uitgebreid) in het kader van de tijdelijke regeling onrechtmatig zijn. Het lijkt mij buitengewoon fout als de toetsing door de Minister welke in art. 8 WIB is voorgeschreven ook aan de uitvoerende ambtenaren wordt gemandateerd, want de Minister is bij uitsluiting degene die de rechtmatige belangen van de belastingplichtigen en andere betrokkenen in de gaten moet houden. Deze taak kan niet in één functie verenigd worden.

AANPASSING WIB EN AWR

Vanzelfsprekend zullen de WIB en de AWR in het kader van het nieuwe internationale raamwerk aangepast moeten worden. Ik wil daarbij pleiten voor zowel een betere rechtsbescherming voor de betrokken personen, als voor een grotere transparantie van de kant van de belastingdienst. De rechtsbescherming van de betrokken personen wordt ernstig aangetast door het inflatoire gebruik van 'dringende reden' als reden om af te zien van een kennisgeving. Weinig landen gebruiken 'dringende reden' als excuus om af te zien van de kennisgeving. Op grond van het TIEA model (artikel 1) of het OESO Model (art 26 para 3) worden administratieve procedures in de verstreckende landen gerespecteerd, voorafgaand aan de feitelijke uitwisseling van de informatie. De bedoeling daarvan is de betrokkenen in staat te stellen de juistheid van de uit te wisselen informatie te controleren en eventueel een correctierecht uit te oefenen. Zulks is van belang, omdat de verzoekende staat mag en kan aannemen dat de ontvangen informatie correct is en de belastingplichtige in de verzoekende staat nagenoeg geen middelen heeft om de onjuistheid van de uitgewisselde informatie te bewijzen. Het hanteren van 'dringende reden' om een tijdige kennisgeving te vermijden en daarmee een administratieve procedure te onthouden aan de betrokkene moet met grote terughoudendheid gebeuren. Uit mijn WOB verzoek aan de Minister van januari 2008 blijkt dat 'dringende reden' in ongeveer 50% van de gevallen wordt ingeroepen. Volgens het OECD commentaar op art 26 (aantekening 14.1) kan worden afgezien van een kennisgeving als er sprake is van een 'very urgent nature' dan wel wanneer de kennisgeving vermoedelijk de kansen voor een succesvol onderzoek in de verzoekende staat zal ondermijnen. Een goed voorbeeld is te vinden in het protocol bij het verdrag tussen Zwitserland en Finland (art IV, sub 4, bij art 26 sub e): "Es besteht Einvernehmen darüber, dass im Falle des Austauschs von Informationen die im ersuchten Staat geltenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensrechts über die Rechte der Steuerpflichtigen vorbehalten bleiben, bevor die Informationen an den ersuchenden Staat übermittelt werden. Es besteht im Weiteren Einvernehmen darüber, dass diese Bestimmung dazu dient, dem Steuerpflichtigen ein ordnungsgemässes Verfahren zu gewähren und nicht bezweckt, den wirksamen Informationsaustausch zu verhindern oder übermassig zu Verzögern."

Ik bedoel maar te betogen dat de OESO standaard niet noopt tot het beperken van de rechtsbescherming van de betrokkenen.

Consultatie Verdragsbeleid
Bijdrage I

SLOT

Door toenemende internationale samenwerking tussen de fiscale autoriteiten worden de grenzen van het soevereine belastinggebied langzaam afgebroken. Maar daarmee verdwijnt ook de rechtstatelijke controle die de overheid uitoefent op de geheimhoudingsplicht van de belastingdienst en op het opheffen daarvan in internationale verhoudingen. Daarvoor in de plaats zou de overheid de rechtsbescherming van de betrokkenen moeten versterken. Tegen een zich terugtrekkende overheid past een sterke eigen verantwoordelijkheid, welke door de administratieve rechter op basis van een goede privacy wetgeving moet worden beschermd. Het is onjuist te denken dat de fiscale autoriteit geen belang heeft bij een betere rechtsbescherming. Transparant handelen maakt dat handelen beter aanvaardbaar en legitimeert het optreden, hetgeen op langere termijn de fiscale nakomingsverplichtingen ondersteunt. In ieders belang. Daarom moet artikel 5 van de WIB privacy-richtlijn conform worden gemaakt (richtlijn 95/46/EG).

Tot nadere schriftelijke of mondelinge toelichting ben ik graag bereid.

Met vriendelijke groet,
NEVE Belastingadviseurs,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'N' followed by a horizontal line and a small flourish.

N O B
 _ _ _
 _ _ _

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
 Commissie Wetsvoorstellen

Ministerie van Financiën	
172-04-808	
Ontv.	2-11-04
Uiterl. afdoening	27-12-04
Dossiernummer	
Trefwoord/DSP code	
Paraaf voor arch	

voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Aan het Ministerie van Financiën
 Directie Internationale Fiscale Zaken
 mr. E.A. Visser
 Postbus 20201
 2500 EE DEN HAAG

*Sap inbrengen.
 NUB procedure volgen
 cc*

Amsterdam, 29 oktober 2009

Betreft: Reactie van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de consultatie over de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid

Geachte heer Visser,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met genoeg kennis genomen van het voornemen om de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid te herzien en is verheugd met de uitnodiging tot het geven van een reactie. De Orde spreekt tevens haar dank uit voor de verlenging van de termijn voor het geven van een reactie.

In deze brief wordt in het kader van de consultatie door het Ministerie van Financiën inzake het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid een aantal aangelegenheden op hoofdlijnen uiteengezet die door de Orde met betrekking tot dit beleid van belang worden geacht.

De Orde zou het bijzonder op prijs stellen indien haar de mogelijkheid zou worden geboden tot het geven van commentaar met betrekking tot het concept van de later te publiceren daadwerkelijke notitie met de (vernieuwde) uitgangspunten van het Nederlandse internationale (verdrags)beleid (hierna: het fiscale verdragsbeleid).

Allereerst zullen in deze brief enkele algemene punten uiteen worden gezet, waarna de overige aangelegenheden per verdragsartikel zullen worden behandeld.

1. Algemene punten

1.1 Proces ratificatie: tijdsbestek

De Orde neemt in toenemende mate een langer tijdsverloop waar tussen het sluiten van een verdrag en het ratificeren daarvan.

Recente voorbeelden zijn: de verdragen met het Verenigd Koninkrijk, Saoedië Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten. Daar waar de vertraging in de ratificatie en daarmee de inwerkingtreding van deze verdragen door Nederland wordt veroorzaakt, zet Nederland zichzelf op achterstand ten opzichte van landen die verdragen met bijvoorbeeld landen in het Midden Oosten wel vlot ratificeren en in werking laten treden. Een tijdswinst zou vooral geboekt kunnen worden door wetsvoorstellen tot ratificatie sneller bij het parlement aan te bieden. De Orde stelt voor om bij eventuele vertragingen de reden achter deze vertragingen zo spoedig mogelijk bekend te maken teneinde de transparantie en (dus) de rechtsonzekerheid te verminderen.

1.2 Proces ratificatie: transparantie

De Orde is van mening dat er, vanzelfsprekend binnen de grenzen van de goede trouw richting verdragspartners, meer transparantie en openheid van zaken zou moeten zijn over stukken die betrekking hebben op nieuwe verdragen en protocollen. Op deze wijze kan beter de mogelijkheid worden geboden te reageren op nieuwe verdragsontwikkelingen en te anticiperen op inwerkingtreding van de nieuwe verdragen en protocollen. Dit zal een gunstige uitwerking op het vestigingsklimaat hebben. Bij wijze van voorbeeld: eerder dit jaar is er een brief ter inzage gelegd ten behoeve van de leden van de Tweede Kamer inzake het nieuwe, nog te ratificeren, protocol ter aanvulling van het belastingverdrag tussen Nederland en Mexico. Alhoewel deze brief, naar de Orde vermoedt, wellicht een inzicht zou kunnen bieden in de interpretatie en werking van het nieuwe protocol, is deze brief niet openbaar, hetgeen leidt tot (rechts)onzekerheid voor bestaande en nieuwe investeringen.

1.3 Tijdsbestek toepassing (inspanningsverplichting)

Voor het bedrijfsleven is niet alleen van belang dat de belastingverdragen gunstige bepalingen over de toewijzing van heffingsrechten bevatten, maar ook dat het verkrijgen van daadwerkelijke toepassing van een verdragsbepaling niet al te moeizaam is en binnen een redelijk tijdsbestek kan worden gerealiseerd. De formele eisen die in bepaalde gevallen worden gesteld aan de toepassing van het verdrag, kunnen een aanzienlijke vertraging veroorzaken. Zo eisen onder andere sommige landen in Oost-Europa dat alle documenten van apostille en meerdere handtekeningen moeten zijn voorzien, bijvoorbeeld van de Ministeries van Financiën en Buitenlandse Zaken en het consulaat.

De Orde is daarom voorstander van het opnemen in verdragen van een (inspannings)verplichting voor de staten tot snelle afwikkeling van verzoeken tot een concrete verdragstoepassing. Meer in het bijzonder kan worden bepaald dat op verzoeken van belastingplichtigen gericht tot het bronland en strekkend tot een beroep op een vrijstelling of teruggaaf van bronbelasting, wordt beslist binnen een termijn van zes maanden na indiening van het verzoek. Een dergelijke verplichting, zowel aan de zijde van de verdragspartner als aan Nederlandse zijde, zou ook een positieve invloed kunnen hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat. Daarnaast zou het de snelle afhandeling van verzoeken tot een daadwerkelijke verdragstoepassing ten goede komen indien de verdragsonderhandelaars tegelijk met de onderhandelingen de uitvoeringsvoorschriften over en weer beoordelen op de administratieve uitvoerbaarheid.

1.4 Treaty override

Verschillende verdragspartners hebben de mogelijkheid tot treaty override expliciet geaccepteerd en in hun wettelijke systeem opgenomen.

N | O | B |

Buiten deze expliciete vorm van treaty override wordt ook een feitelijke vorm van treaty override toegepast. Hierbij worden bepalingen in het verdrag terzijde geschoven dan wel te ruim (of juist te beperkt) uitgelegd, omdat er sprake zou zijn van (vermeend) misbruik, er onvoldoende substance zou zijn, er geen beneficial ownership zou zijn, *et cetera*.

Tevens komt het voor dat feitelijk sprake is van een situatie die uiteindelijk op hetzelfde neerkomt als een treaty override, doordat talloze *formele* eisen worden gesteld aan de toepassing van het verdrag, zoals ook in punt 1.3 hierboven reeds is aangedragen.

De Orde is van mening dat al deze vormen van treaty override onwenselijk zijn en steunt derhalve volledig het Nederlandse standpunt dat treaty overrides in het algemeen niet acceptabel zijn. Daarnaast zou, als meer praktische uitwerking, de in paragraaf 1.3 hiervoor vermelde inspanningsverplichting het risico van dergelijke de facto treaty overrides kunnen beperken.

1.5 Verdragsvoordelen beleggingsfondsen

Op OESO-niveau zijn recent enkele initiatieven genomen rond het toekennen van verdragsvoordelen aan beleggingsfondsen; hieromtrent zijn recent twee rapporten verschenen.¹ In het kader van de voorgenomen verbetering van de Nederlandse concurrentiepositie alsmede het vestigingsklimaat voor de beleggingsfondsensector², acht de Orde het van belang dat de Nederlandse visie over deze initiatieven wordt meegenomen in het te vormen beleid. In lijn met de opmerking tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 30 533 (introductie VBI-regime), doet de Orde dan ook de aanbeveling om in de herziening van het fiscale verdragsbeleid mede aandacht te geven aan de (voorlopige) uitkomsten van deze initiatieven.³

1.6 Vrijstelling Sovereign Wealth Funds

In toenemende mate investeren overheden in ondernemingen die in andere landen actief zijn. Dit gebeurt gedeeltelijk door middel van zogenaamde Sovereign Wealth Funds. Als Nederland zich wil profileren als een goed land om te investeren en als een goed land voor houdster-, financierings- en aanverwante activiteiten, moet de belastingpositie duidelijk en voordelig zijn. Het is in het belang van Nederland in het verdragsbeleid te streven naar een duidelijke vrijstelling voor buitenlandse staten en door hen beheerste lichamen. Het laatste zou kunnen worden gekoppeld aan/onder de voorwaarde van een volledige belastingvrijstelling in het vestigingsland van dergelijke lichamen.

¹ OESO, "Report of the Informal Consultative Group on the taxation of collective investment vehicles and procedures for tax relief for cross-border investors on the granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles", 12 januari 2009, beschikbaar op www.oecd.org/dataoecd/34/26/41974553.pdf en "Report of the Informal Consultative Group on the taxation of collective investment vehicles and procedures for tax relief for cross-border investors on possible improvements to procedures for tax relief for cross-border investors", 12 januari 2009, beschikbaar op www.oecd.org/dataoecd/34/19/41974569.pdf.

² Zie onder meer Minister van Financiën in zijn brief van 13 juli 2007, nr. FM 2007-1776M.

³ Zie Kamerstukken II, 2006/07, 30 533, nr. 7, 26 oktober 2006 (Nota naar aanleiding van het Verslag): "In dit kader [verlenen van verdragsbescherming, NOB] wordt gewezen op een lopend onderzoek van de OESO inzake de mogelijkheden om verdragsbescherming te verlenen aan achterliggende participanten in beleggingsfondsen. Dit is een gecompliceerd project, met name gezien de grote aantallen – wisselende – participanten in beleggingsfondsen. Nederland streeft naar een positieve uitkomst van dit OESO project en zal actief meedenken en meewerken aan mogelijke oplossingen."

Een verdragsbeleid waarbij dit wordt verwezenlijkt heeft tot gevolg dat Nederland een bedrag aan dividendbelasting en, mogelijk, aanmerkelijkbelangheffing zou kunnen mislopen. Dit bedrag zal echter beperkt zijn, aangezien:

- (i) de heffing van dividendbelasting bij dergelijke fondsen al zeer beperkt is door onder andere de uitbreiding van de inhoudingvrijstelling en de vrijstelling voor in de EU gevestigde pensioenfondsen, alsmede
- (ii) ook de aanmerkelijkbelangheffing in de praktijk beperkt zal zijn, omdat doorgaans hiervoor, al dan niet in de 'ruling' sfeer, een oplossing wordt gevonden, of anders ervoor wordt gekozen om Nederland niet als vestigingsland te kiezen.

De Orde stelt derhalve voor om in de belastingverdragen uitdrukkelijk vast te leggen dat de verdragsluitende partijen alsmede door hen beheerste lichamen zijn vrijgesteld van winstbelastingen en bronbelastingen in het andere land. Aldus wordt het aantrekkelijker voor buitenlandse "sovereign wealth funds" om in Nederland te investeren. Bij wijze van alternatief stelt de Orde voor dat de vrijstelling voor staatsbeleggingsfondsen analoog aan pensioenfondsen op grond van reciprociteit onderdeel van het beleid is.

1.7 Most Favoured Nation

Het opnemen van een most favoured nation-bepaling zorgt ervoor dat een Nederlandse voorsprong niet vervalt tot een achterstand, indien een ander land een beter belastingverdrag met een bepaald verdragsland weet te bewerkstelligen dan Nederland. Dit is met name het geval bij verdragspartners die nog weinig verdragen hebben afgesloten en waar Nederland (dus) voorop loopt met het sluiten van een belastingverdrag. De Orde steunt dan ook het streven van Nederland om een dergelijke bepaling in verdragen op te nemen. De Orde begrijpt dat dergelijke most favoured nation-bepalingen in de regel beperkt zullen blijven tot (bron)heffings-percentages voor dividenden, rente en royalty's, en dat meer maatwerkbepalingen zoals limitations on benefits zich hier niet altijd – maar uitzonderingen zijn zeer wel denkbaar – even goed toe lenen.

1.8 Het Nederlands Standaard Verdrag

De Orde heeft, gelet op de geringe verschillen met het OESO-modelverdrag, bedenkingen over de toegevoegde waarde van het Nederlands Standaard Verdrag (hierna: het NSV) en geeft daarom in overweging om het NSV af te schaffen.

Indien het NSV gehandhaafd blijft, pleit de Orde ervoor om dit van een duidelijke toelichting te voorzien op de punten waarop het NSV afwijkt van het OESO-modelverdrag. In de toelichting dient dan te worden aangegeven waarom wordt afgeweken van het OESO-modelverdrag en op welke wijze het afwijkende punt moet worden geïnterpreteerd en toegepast.

Overigens pleit de Orde er sowieso voor dat, ongeacht of het NSV gehandhaafd blijft, expliciet wordt aangegeven op welke punten het fiscale verdragsbeleid afwijkt van het OESO-modelverdrag en wat hiervoor de redenen zijn.

2. Artikel 4: Inwoner

2.1 Tiebreaker

In het woonplaatsartikel van het OESO-modelverdrag wordt een dubbele woonplaats van rechtspersonen voorkomen door de tiebreaker-bepaling die een feitelijk criterium hanteert. In de recent door Nederland gesloten verdragen met Mexico en het Verenigd Koninkrijk wordt de beslissing over de verdragswoonplaats in dergelijke gevallen echter afhankelijk gemaakt van onderling overleg tussen de twee staten. Deze oplossing wordt blijkens het OESO-commentaar bij het OESO-modelverdrag weliswaar door een aanzienlijk aantal landen in bilaterale verdragen overeengekomen, maar de Orde is van mening dat dit geen navolging door Nederland verdient. De reden hiervoor is dat onderling overleg een tijdrovende procedure is die tot rechtsonzekerheid zal leiden. De Orde ziet ook geen noodzaak voor een dergelijke bepaling, omdat de OESO-conforme tiebreaker-bepaling in de praktijk uitstekend functioneert. De Orde is dan ook van mening dat verdragen waarin een dubbele verdragswoonplaats wordt voorkomen door onderling overleg tussen de verdragsluitende staten nodeloos afbreuk doen aan de rechtszekerheid en daarmee aan de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland. De Orde pleit er dan ook voor om terug te keren naar het OESO-conforme woonplaatsartikel.

3. Artikel 10: Dividenden

3.1 Aanmerkelijkbelangheffing

De staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat indien sprake is van een dividenduitkering aan een in het buitenland gevestigde vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die vermeld is in de bijlage bij de Moeder-dochterrichtlijn, artikel 17 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen toepassing vindt, tenzij sprake is van fraude of misbruik (Kamerstukken II, 1999-2000, 26 851, nr. 6). Voor verdragssituaties buiten EU-verband en belangen in EU-verband onder de 10%-drempel is een dergelijke toezegging niet gedaan en wordt wel de stelling ingenomen dat Nederland haar aanmerkelijkbelangheffing onder het dividendartikel kan effectueren. Het zou het Nederlandse vestigingsklimaat ten goede komen als in verdragen expliciet wordt vastgelegd dat heffingsrechten over dividenden, onafhankelijk van het overeengekomen maximale tarief, in het bronland beperkt zijn tot bronheffingen.

3.2 Verbod extraterritoriale heffing

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is, bij wijze van de Nederlandse interpretatie, reeds het verbod op extraterritoriale heffing in verdragen onderkend (Hoge Raad 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379). Deze extraterritoriale heffing vindt plaats indien de dividenden die worden uitgekeerd door een inwoner van een verdragsland aan een inwoner van een derdeland, worden belast in het andere verdragsland op basis van de aldaar van toepassing zijnde nationale wet (bijvoorbeeld indien de vennootschap voor de nationale wet fictief gevestigd is in dat andere verdragsland, maar werkelijk gevestigd is in het eerstvermelde verdragsland). Echter, bij het komen tot deze – overigens toe te juichen – uitkomst heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke stappen moeten nemen (oorspronkelijke bedoeling artikel 10 lid 5, impliciete toegang van een inwoner van een derdeland tot verdragsvoordelen); een soortgelijke uitkomst in andere landen staat dan ook niet vast. De Orde acht het daarom wenselijk dat dit verbod tevens expliciet in belastingverdragen wordt vastgelegd, om niet-eenduidige toepassing van het verdrag in de vorm van heffing met betrekking tot extraterritoriale dividenden door verdragspartners te voorkomen.

4. Artikel 13: Vermogenswinsten

4.1 Niet-toegestane heffingen bronland

De Orde acht het wenselijk om in belastingverdragen expliciet vast te leggen dat het bronland geen heffingsrecht heeft met betrekking tot vermogenswinsten die worden behaald over de aandelen in een Nederlandse vennootschap, ongeacht of deze vennootschap bezittingen heeft in het andere verdragsland – anders dan wellicht daar gelegen onroerende zaken –, en ongeacht of de vervreemder in Nederland woont of is gevestigd. Dit heeft betrekking op de in de praktijk voorkomende, en naar de mening van de Orde onwenselijke, situaties waarin het bronland tracht te heffen indien:

- (a) een Nederlandse inwoner een Nederlandse vennootschap verkoopt met activa in het bronland. Hierbij is soms de heffing beperkt tot situaties waarin de vennootschap onroerend goed in het bronland bezit; of
- (b) een inwoner van een derdeland een Nederlandse vennootschap verkoopt met activa in het bronland. Formeel kan deze verkoper, als inwoner van een derdeland, geen beroep doen op het verdrag Nederland-bronland.

Indien en voor zover in belastingverdragen het recht om over vermogenswinsten te heffen wordt toebedeeld aan het vestigingsland van de belastingplichtige, acht de Orde het verder wenselijk om in die verdragen uitdrukkelijk vast te leggen dat het bronland geen heffingsrecht heeft indien een derde vermogenswinsten realiseert door verkoop van een vennootschap in het eerstvermelde land met bezittingen in het bronland. Aldus wordt zeker gesteld dat internationale dubbele belastingheffing daadwerkelijk wordt voorkomen.

4.2 Uitbreiding verbod extraterritoriale heffing tot vermogenswinsten

Zoals reeds is aangegeven in paragraaf 3.2 hierboven, is uit jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent het dividendartikel gebleken dat ook aandeelhouders van Nederlandse vennootschappen die in een derdeland woonachtig of gevestigd zijn, bescherming kunnen genieten van een belastingverdrag. De vraag of een soortgelijke uitleg ook geldt voor vermogenswinsten is, alhoewel voor de hand liggend, nog niet expliciet bevestigd. De Orde is van mening dat in het verdragsbeleid moet worden gestreefd naar een expliciete bevestiging dat aandeelhouders die woonachtig of gevestigd zijn in derdelanden, tevens bescherming kunnen genieten van het vermogenswinstartikel en derhalve niet worden belast door de verdragspartner over vermogenswinsten met betrekking tot hun aandelen indien er geen enkele band is met laatstvermeld land, anders dan bijvoorbeeld het op de oprichting van de vennootschap van toepassing zijnde recht. Deze situatie kan zich voordoen in het geval dat de vennootschap op grond van het verdrag in het ene land is gevestigd, maar volgens de nationale wetgeving van het andere land aan belasting onderworpen is op basis van een oprichtingscriterium. Bij wijze van voorbeeld: Nederland zou – los van de onwenselijkheid van artikel 17 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in zijn algemeenheid – niet mogen heffen over de vermogenswinsten van een inwoner van een derdeland behaald op de aandelen in een naar Nederlands recht opgerichte, of voorheen in Nederland gevestigde, vennootschap die voor toepassing van het desbetreffende verdrag in het andere verdragsland is gevestigd.

5. Artikel 15: Inkomen uit dienstbetrekking

5.1 Eenduidig begrip werkgever

In het werknemersartikel wordt de heffing over de beloning uit een dienstbetrekking toegewezen aan het woonland, tenzij - onder andere - de dienstbetrekking wordt uitgeoefend in het andere verdragsland (werkland) indien en voor zover de beloning is toe te rekenen aan de in het andere verdragsluitende land (werkland) uitgeoefende dienstbetrekking. Echter, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan blijft het heffingsrecht toegewezen aan het woonland (bij kortstondige werkzaamheden). Bij deze voorwaarden is de invulling van het begrip werkgever essentieel. Aangezien het begrip werkgever over het algemeen niet is gedefinieerd in de Nederlandse verdragen, wordt het begrip conform Nederlands nationaal recht uitgelegd. Op basis van Nederlandse jurisprudentie (de december 2006-arresten; Hoge Raad 1 december 2006, nrs. 38 850, 38 950, 39 535, 39 710 en 40 088, BNB 2007/75 tot en met 79) legt Nederland het begrip werkgever in verdragssituaties in principe materieel uit. Echter, het is mogelijk en wellicht zelfs beter verdedigbaar dat het andere verdragsland het begrip werkgever formeel uitlegt. Hierdoor kan in specifieke situaties dubbele (of geen) belastingheffing ontstaan.

Voor het Nederlandse bedrijfsleven is het bovenstaande onwenselijk, aangezien de kosten van een kortstondige tewerkstelling oplopen - bij dubbele heffing wordt over het algemeen de werknemer gecompenseerd voor de additionele belastingdruk (bijvoorbeeld de nettoloonafpraak, tax equalization of tax protection). Daarnaast leidt dit tot onwenselijke rechtsonzekerheid aangezien per werkland dient te worden beoordeeld hoe het begrip werkgever wordt uitgelegd. Daarom pleit de Orde ervoor dat Nederland in zijn verdragsbeleid streeft naar het expliciet invullen van het begrip werkgever. Meer in het bijzonder kan een eenduidige definitie worden gegeven van het begrip werkgever in nieuwe verdragen (bij aanpassing van bestaande verdragen). Op deze wijze wordt tussen de verdragsluitende staten eenduidigheid gecreëerd.

6. Artikel 16: Bestuurdersbeloningen

6.1 Eenduidig begrip bestuurders- en werknemerswerkzaamheden

In het licht van de ontwikkeling dat de Nederlandse fiscus steeds vaker een onderscheid maakt tussen bestuurderswerkzaamheden (redelijk beperkte beloning, toewijzing via artikel 16) en overige (werknemers-)werkzaamheden die volgens artikel 15 gaan, wordt kwalificatie van de beloningen steeds belangrijker. In het nieuwe verdrag met het Verenigd Koninkrijk is dat onderscheid zelfs al vastgelegd. De Orde pleit dan ook voor een duidelijke(re) kwalificatie van beloningen in verdragen.

7. Artikel 17: Artiesten en sporters

Tot nu toe volgt Nederland in het fiscale verdragsbeleid de aanbeveling van de OESO om artikel 17 voor artiesten en sporters in belastingverdragen op te nemen. Daarmee wordt de belastingheffing voor artiesten en sporters toegewezen aan het land waar het optreden of de sportbeoefening plaatsvindt.

Artikel 17 brengt een aanzienlijk risico van (gedeeltelijke) dubbele belastingheffing met zich mee, doordat de heffingsgrondslag in woon- en werkland sterk kan verschillen, de toedeling vanuit de totale gage naar de individuele artiesten en sporters vaak erg moeilijk is en er praktische problemen kunnen optreden bij het verkrijgen van belastingverrekening in het woonland. De Orde acht het wenselijk dat artikel 17 niet wordt opgenomen in nieuwe belastingverdragen. De vergoedingen voor artiesten en sporters zullen als gevolg hiervan onder artikel 7 of artikel 15 vallen. In de meeste gevallen zal dit resulteren in een exclusieve heffingsbevoegdheid voor het woonland, waardoor de hierboven geschetste problematiek grotendeels zal zijn verholpen. Het belang van Nederland als bronland bij het bestaan van artikel 17 is nagenoeg verdwenen, nu Nederland sinds 1 januari 2007 zelf géén gebruik meer maakt van zijn recht om belasting te heffen van artiesten en sporters uit de Nederlandse Antillen, Aruba en landen waarmee een belastingverdrag is gesloten.

8. Artikel 23: Vrijstellingsmethode (verrekening)

8.1 Verrekening bronheffing

Als gevolg van de werking van de tweede limiet komt het in de praktijk regelmatig voor dat bronheffing uiteindelijk onverrekenbaar blijkt te zijn. In de huidige situatie kunnen (binnenlandse) verliezen de credit definitief teniet doen indien in navolgende jaren geen of onvoldoende kwalificerende inkomsten worden genoten. Verwezen kan worden naar het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009, nr. 08/00315, LJN BH9191, waarin is geconcludeerd dat verrekening niet kan worden toegepast als er geen kwalificerende inkomsten worden genoten in een later jaar, omdat de buitenlandse grondslag niet wordt doorgeschoven.

De Orde pleit ervoor dat in het fiscale verdragsbeleid tot uitdrukking wordt gebracht dat de bronheffing die niet tot verrekening is gekomen vanwege grondslag- of belastingreductie als gevolg van andere negatieve inkomensbestanddelen dan die waarop de niet verrekende bronheffing betrekking heeft, alsnog tot verrekening komt in een jaar waarin daadwerkelijk belasting verschuldigd is (vergelijk ook de regeling omtrent vrijgestelde v.i.-winsten).

8.2 Driehoekssituaties

In gevallen waarbij rente- of royaltyinkomsten zijn toe te rekenen aan een vaste inrichting (hierna: v.i.), kan de situatie zich voordoen dat in drie landen belasting wordt geheven over deze betalingen (de zogenoemde driehoekssituaties; zie ook Hoge Raad 8 februari 2002, nr. 36 155, BNB 2002/184 en Hoge Raad 11 mei 2007, nr. 42 385, BNB 2007/230). Dit is het geval indien het bronland over deze rente- of royaltybetalingen bronbelasting heft en zowel het woonland als het v.i.-land belasting heffen over het rente- of royaltyinkomen. In de aangehaalde arresten van de Hoge Raad is naar voren gekomen dat Nederland als woonland in deze situaties geen dubbele voorkoming hoeft te verlenen. Indien echter het v.i.-land evenmin voorkoming verleent – en deze zal daar in veel gevallen ook niet toe gehouden zijn –, resulteert dit in dubbele heffing. In het Besluit van 21 januari 2004 (nr. IFZ2003/558M, BNB 2004/134), dat is genomen naar aanleiding van vragen die zijn opgekomen naar aanleiding van het arrest Saint Gobain van het Hof van Justitie EG (21 september 1999, zaak C-307/97), is aangegeven dat Nederland in de gevallen waarin het v.i.-land is, verrekening zal verlenen voor inkomsten uit een derdeland die toerekenbaar zijn aan de v.i. in Nederland. Naar aanleiding van het arrest Saint Gobain en het besluit van 21 januari 2004 vormt de geschetste driehoekssituatie in EU-situaties geen wezenlijk probleem meer, althans daar waar Nederland v.i.-land is.

N | O | B |

De Orde pleit ervoor dat het, naast deze eenzijdige toezegging van Nederland, onderdeel van het verdragsbeleid wordt om een v.i. in dezelfde mate gerechtigd te laten zijn tot de voordelen die voortvloeien uit verdragen ter voorkoming van dubbele belasting met derdelanden als een in het verdragsland gevestigde vennootschap, in ieder geval wat betreft de verrekening van bronbelasting. Deze maatregel zal een verbetering vormen van de belastingpositie van Nederlandse vennootschappen met een v.i. buiten de EU en kan daarmee ook een positieve uitwerking hebben op het vestigingsklimaat.

8.3 Omgekeerde driehoekssituaties

Naast deze driehoekssituaties zijn er ook de omgekeerde driehoekssituaties, waarbij er rente- of royaltybetalingen worden gedaan ten laste van een v.i. aan een inwoner van een derdeland. In dat geval is het mogelijk dat zowel het land waar de betaler is gevestigd als het v.i.-land bronbelasting heffen en daarnaast ook het woonland belasting heft over het inkomen. De Orde pleit ervoor dat het onderdeel wordt van het verdragsbeleid om te voorkomen dat in deze situaties door zowel het bronland als het v.i.-land bronbelasting wordt geheven. Dit kan worden bereikt door het beperken van bronheffing bij het bronland. De Orde is van mening dat Nederland als woonland, in de gevallen waarbij een dergelijke dubbele heffing van bronbelasting zich toch voordoet, voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen met betrekking tot zowel de bronbelasting geheven door het bronland als de bronbelasting geheven door het v.i.-land, zij het binnen de grenzen van de tweede limiet, ten gevolge waarvan de voorkoming effectief wordt begrensd tot de in Nederland verschuldigde belasting).

9. Werkingssfeer

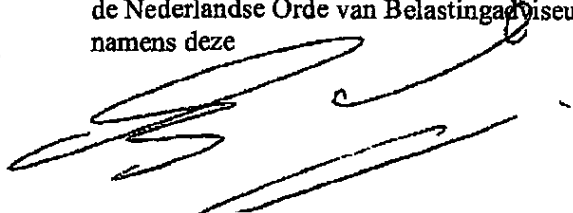
9.1 Overzeese gebieden

Nu Bonaire, Sint Eustatius en Saba per 10 oktober 2010 een Nederlands openbaar lichaam worden, ligt het in de rede dat de definitie van Nederland in de relevante verdragsbepaling wordt uitgebreid in die zin dat tevens de drie genoemde eilandgebieden daaronder worden begrepen, zodat het Nederlandse bilaterale verdragsnetwerk - in elk geval voor nieuw te sluiten verdragen - ook van toepassing wordt op deze drie eilandgebieden. Daarnaast suggereert de Orde bestaande verdragen te heronderhandelen opdat ook voor bestaande bilaterale belastingverdragen deze uitbreiding zo snel mogelijk wordt gerealiseerd.

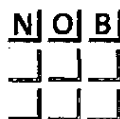
Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



voorzitter Commissie Wetsvoorstellen



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

mr. drs. S.A.W.J. Strik
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Aan het Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
mr. E.A. Visser
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Amsterdam, 29 oktober 2009

Betreft: Reactie van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de consultatie over de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid

Geachte heer Visser,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met genoegen kennis genomen van het voornemen om de uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid te herzien en is verheugd met de uitnodiging tot het geven van een reactie. De Orde spreekt tevens haar dank uit voor de verlenging van de termijn voor het geven van een reactie.

In deze brief wordt in het kader van de consultatie door het Ministerie van Financiën inzake het Nederlandse internationale fiscaal (verdrags)beleid een aantal aangelegenheden op hoofdlijnen uiteengezet die door de Orde met betrekking tot dit beleid van belang worden geacht.

De Orde zou het bijzonder op prijs stellen indien haar de mogelijkheid zou worden geboden tot het geven van commentaar met betrekking tot het concept van de later te publiceren daadwerkelijke notitie met de (vernieuwde) uitgangspunten van het Nederlandse internationale (verdrags)beleid (hierna: het fiscale verdragsbeleid).

Allereerst zullen in deze brief enkele algemene punten uiteen worden gezet, waarna de overige aangelegenheden per verdragsartikel zullen worden behandeld.

1. Algemene punten

1.1 Proces ratificatie: tijdsbestek

De Orde neemt in toenemende mate een langer tijdsverloop waar tussen het sluiten van een verdrag en het ratificeren daarvan.

Recente voorbeelden zijn: de verdragen met het Verenigd Koninkrijk, Saoedie Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten. Daar waar de vertraging in de ratificatie en daarmee de inwerkingtreding van deze verdragen door Nederland wordt veroorzaakt, zet Nederland zichzelf op achterstand ten opzichte van landen die verdragen met bijvoorbeeld landen in het Midden Oosten wel vlot ratificeren en in werking laten treden. Een tijdwinst zou vooral geboekt kunnen worden door wetsvoorstellen tot ratificatie sneller bij het parlement aan te bieden. De Orde stelt voor om bij eventuele vertragingen de reden achter deze vertragingen zo spoedig mogelijk bekend te maken teneinde de transparantie en (dus) de rechtsonzekerheid te verminderen.

1.2 Proces ratificatie: transparantie

De Orde is van mening dat er, vanzelfsprekend binnen de grenzen van de goede trouw richting verdragspartners, meer transparantie en openheid van zaken zou moeten zijn over stukken die betrekking hebben op nieuwe verdragen en protocollen. Op deze wijze kan beter de mogelijkheid worden geboden te reageren op nieuwe verdragsontwikkelingen en te anticiperen op inwerkingtreding van de nieuwe verdragen en protocollen. Dit zal een gunstige uitwerking op het vestigingsklimaat hebben. Bij wijze van voorbeeld: eerder dit jaar is er een brief ter inzage gelegd ten behoeve van de leden van de Tweede Kamer inzake het nieuwe, nog te ratificeren, protocol ter aanvulling van het belastingverdrag tussen Nederland en Mexico. Alhoewel deze brief, naar de Orde vermoedt, wellicht een inzicht zou kunnen bieden in de interpretatie en werking van het nieuwe protocol, is deze brief niet openbaar, hetgeen leidt tot (rechts)onzekerheid voor bestaande en nieuwe investeringen.

1.3 Tijdsbestek toepassing (inspanningsverplichting)

Voor het bedrijfsleven is niet alleen van belang dat de belastingverdragen gunstige bepalingen over de toewijzing van heffingsrechten bevatten, maar ook dat het verkrijgen van daadwerkelijke toepassing van een verdragsbepaling niet al te moeizaam is en binnen een redelijk tijdsbestek kan worden gerealiseerd. De formele eisen die in bepaalde gevallen worden gesteld aan de toepassing van het verdrag, kunnen een aanzienlijke vertraging veroorzaken. Zo eisen onder andere sommige landen in Oost-Europa dat alle documenten van apostille en meerdere handtekeningen moeten zijn voorzien, bijvoorbeeld van de Ministeries van Financiën en Buitenlandse Zaken en het consulaat.

De Orde is daarom voorstander van het opnemen in verdragen van een (inspannings)verplichting voor de staten tot snelle afwikkeling van verzoeken tot een concrete verdragstoepassing. Meer in het bijzonder kan worden bepaald dat op verzoeken van belastingplichtigen gericht tot het bronland en strekkend tot een beroep op een vrijstelling of teruggaaf van bronbelasting, wordt beslist binnen een termijn van zes maanden na indiening van het verzoek. Een dergelijke verplichting, zowel aan de zijde van de verdragspartner als aan Nederlandse zijde, zou ook een positieve invloed kunnen hebben op het Nederlandse vestigingsklimaat. Daarnaast zou het de snelle afhandeling van verzoeken tot een daadwerkelijke verdragstoepassing ten goede komen indien de verdragsonderhandelaars tegelijk met de onderhandelingen de uitvoeringsvoorschriften over en weer beoordelen op de administratieve uitvoerbaarheid.

1.4 Treaty override

Verschillende verdragspartners hebben de mogelijkheid tot treaty override expliciet geaccepteerd en in hun wettelijke systeem opgenomen.

Buiten deze expliciete vorm van treaty override wordt ook een feitelijke vorm van treaty override toegepast. Hierbij worden bepalingen in het verdrag terzijde geschoven dan wel te ruim (of juist te beperkt) uitgelegd, omdat er sprake zou zijn van (vermeend) misbruik, er onvoldoende substance zou zijn, er geen beneficial ownership zou zijn, *et cetera*.

Tevens komt het voor dat feitelijk sprake is van een situatie die uiteindelijk op hetzelfde neerkomt als een treaty override, doordat talloze *formele* eisen worden gesteld aan de toepassing van het verdrag, zoals ook in punt 1.3 hierboven reeds is aangedragen.

De Orde is van mening dat al deze vormen van treaty override onwenselijk zijn en steunt derhalve volledig het Nederlandse standpunt dat treaty overrides in het algemeen niet acceptabel zijn. Daarnaast zou, als meer praktische uitwerking, de in paragraaf 1.3 hiervoor vermelde inspanningsverplichting het risico van dergelijke de facto treaty overrides kunnen beperken.

1.5 Verdragsvoordelen beleggingsfondsen

Op OESO-niveau zijn recent enkele initiatieven genomen rond het toekennen van verdragsvoordelen aan beleggingsfondsen; hieromtrent zijn recent twee rapporten verschenen.¹ In het kader van de voorgenomen verbetering van de Nederlandse concurrentiepositie alsmede het vestigingsklimaat voor de beleggingsfondsensector², acht de Orde het van belang dat de Nederlandse visie over deze initiatieven wordt meegenomen in het te vormen beleid. In lijn met de opmerking tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 30 533 (introductie VBI-regime), doet de Orde dan ook de aanbeveling om in de herziening van het fiscale verdragsbeleid mede aandacht te geven aan de (voorlopige) uitkomsten van deze initiatieven.³

1.6 Vrijstelling Sovereign Wealth Funds

In toenemende mate investeren overheden in ondernemingen die in andere landen actief zijn. Dit gebeurt gedeeltelijk door middel van zogenaamde Sovereign Wealth Funds. Als Nederland zich wil profileren als een goed land om te investeren en als een goed land voor houdster-, financierings- en aanverwante activiteiten, moet de belastingpositie duidelijk en voordelig zijn. Het is in het belang van Nederland in het verdragsbeleid te streven naar een duidelijke vrijstelling voor buitenlandse staten en door hen beheerste lichamen. Het laatste zou kunnen worden gekoppeld aan/onder de voorwaarde van een volledige belastingvrijstelling in het vestigingsland van dergelijke lichamen.

¹ OESO, "Report of the Informal Consultative Group on the taxation of collective investment vehicles and procedures for tax relief for cross-border investors on the granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles", 12 januari 2009, beschikbaar op www.oecd.org/dataoecd/34/26/41974553.pdf en "Report of the Informal Consultative Group on the taxation of collective investment vehicles and procedures for tax relief for cross-border investors on possible improvements to procedures for tax relief for cross-border investors", 12 januari 2009, beschikbaar op www.oecd.org/dataoecd/34/19/41974569.pdf.

² Zie onder meer Minister van Financiën in zijn brief van 13 juli 2007, nr. FM 2007-1776M.

³ Zie Kamerstukken II, 2006/07, 30 533, nr. 7, 26 oktober 2006 (Nota naar aanleiding van het Verslag): "In dit kader [verlenen van verdragsbescherming, NOB] wordt gewezen op een lopend onderzoek van de OESO inzake de mogelijkheden om verdragsbescherming te verlenen aan achterliggende participanten in beleggingsfondsen. Dit is een gecompliceerd project, met name gezien de grote aantallen – wisselende – participanten in beleggingsfondsen. Nederland streeft naar een positieve uitkomst van dit OESO project en zal actief meedenken en meewerken aan mogelijke oplossingen."

N O B

Een verdragsbeleid waarbij dit wordt verwezenlijkt heeft tot gevolg dat Nederland een bedrag aan dividendbelasting en, mogelijk, aanmerkelijkbelangheffing zou kunnen mislopen. Dit bedrag zal echter beperkt zijn, aangezien:

(i) de heffing van dividendbelasting bij dergelijke fondsen al zeer beperkt is door onder andere de uitbreiding van de inhoudingvrijstelling en de vrijstelling voor in de EU gevestigde pensioenfondsen, alsmede

(ii) ook de aanmerkelijkbelangheffing in de praktijk beperkt zal zijn, omdat doorgaans hiervoor, al dan niet in de 'ruling' sfeer, een oplossing wordt gevonden, of anders ervoor wordt gekozen om Nederland niet als vestigingsland te kiezen.

De Orde stelt derhalve voor om in de belastingverdragen uitdrukkelijk vast te leggen dat de verdragsluitende partijen alsmede door hen beheerste lichamen zijn vrijgesteld van winstbelastingen en bronbelastingen in het andere land. Aldus wordt het aantrekkelijker voor buitenlandse "sovereign wealth funds" om in Nederland te investeren. Bij wijze van alternatief stelt de Orde voor dat de vrijstelling voor staatsbeleggingsfondsen analoog aan pensioenfondsen op grond van reciprociteit onderdeel van het beleid is.

1.7 Most Favoured Nation

Het opnemen van een most favoured nation-bepaling zorgt ervoor dat een Nederlandse voorsprong niet vervalt tot een achterstand, indien een ander land een beter belastingverdrag met een bepaald verdragsland weet te bewerkstelligen dan Nederland. Dit is met name het geval bij verdragspartners die nog weinig verdragen hebben afgesloten en waar Nederland (dus) voorop loopt met het sluiten van een belastingverdrag. De Orde steunt dan ook het streven van Nederland om een dergelijke bepaling in verdragen op te nemen. De Orde begrijpt dat dergelijke most favoured nation-bepalingen in de regel beperkt zullen blijven tot (bron)heffings-percentages voor dividenden, rente en royalty's, en dat meer maatwerkbepalingen zoals limitations on benefits zich hier niet altijd – maar uitzonderingen zijn zeer wel denkbaar – even goed toe lenen.

1.8 Het Nederlands Standaard Verdrag

De Orde heeft, gelet op de geringe verschillen met het OESO-modelverdrag, bedenkingen over de toegevoegde waarde van het Nederlands Standaard Verdrag (hierna: het NSV) en geeft daarom in overweging om het NSV af te schaffen.

Indien het NSV gehandhaafd blijft, pleit de Orde ervoor om dit van een duidelijke toelichting te voorzien op de punten waarop het NSV afwijkt van het OESO-modelverdrag. In de toelichting dient dan te worden aangegeven waarom wordt afgeweken van het OESO-modelverdrag en op welke wijze het afwijkende punt moet worden geïnterpreteerd en toegepast.

Overigens pleit de Orde er sowieso voor dat, ongeacht of het NSV gehandhaafd blijft, expliciet wordt aangegeven op welke punten het fiscale verdragsbeleid afwijkt van het OESO-modelverdrag en wat hiervoor de redenen zijn.

2. Artikel 4: Inwoner

2.1 Tiebreaker

In het woonplaatsartikel van het OESO-modelverdrag wordt een dubbele woonplaats van rechtspersonen voorkomen door de tiebreaker-bepaling die een feitelijk criterium hanteert.

In de recent door Nederland gesloten verdragen met Mexico en het Verenigd Koninkrijk wordt de beslissing over de verdragswoonplaats in dergelijke gevallen echter afhankelijk gemaakt van onderling overleg tussen de twee staten. Deze oplossing wordt blijkens het OESO-commentaar bij het OESO-modelverdrag weliswaar door een aanzienlijk aantal landen in bilaterale verdragen overeengekomen, maar de Orde is van mening dat dit geen navolging door Nederland verdient. De reden hiervoor is dat onderling overleg een tijdrovende procedure is die tot rechtsonzekerheid zal leiden. De Orde ziet ook geen noodzaak voor een dergelijke bepaling, omdat de OESO-conforme tiebreaker-bepaling in de praktijk uitstekend functioneert. De Orde is dan ook van mening dat verdragen waarin een dubbele verdragswoonplaats wordt voorkomen door onderling overleg tussen de verdragsluitende staten nodeloos afbreuk doen aan de rechtszekerheid en daarmee aan de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland. De Orde pleit er dan ook voor om terug te keren naar het OESO-conforme woonplaatsartikel.

3. Artikel 10: Dividenden

3.1 Aanmerkelijkbelangheffing

De staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat indien sprake is van een dividenduitkering aan een in het buitenland gevestigde vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal die vermeld is in de bijlage bij de Moeder-dochterrichtlijn, artikel 17 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geen toepassing vindt, tenzij sprake is van fraude of misbruik (Kamerstukken II, 1999-2000, 26 851, nr. 6). Voor verdragssituaties buiten EU-verband en belangen in EU-verband onder de 10%-drempel is een dergelijke toezegging niet gedaan en wordt wel de stelling ingenomen dat Nederland haar aanmerkelijkbelangheffing onder het dividendartikel kan effectueren. Het zou het Nederlandse vestigingsklimaat ten goede komen als in verdragen expliciet wordt vastgelegd dat heffingsrechten over dividenden, onafhankelijk van het overeengekomen maximale tarief, in het bronland beperkt zijn tot bronheffingen.

3.2 Verbod extraterritoriale heffing

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is, bij wijze van de Nederlandse interpretatie, reeds het verbod op extraterritoriale heffing in verdragen onderkend (Hoge Raad 2 september 1992, nr. 27 252, BNB 1992/379). Deze extraterritoriale heffing vindt plaats indien de dividenden die worden uitgekeerd door een inwoner van een verdragsland aan een inwoner van een derdeland, worden belast in het andere verdragsland op basis van de aldaar van toepassing zijnde nationale wet (bijvoorbeeld indien de vennootschap voor de nationale wet fictief gevestigd is in dat andere verdragsland, maar werkelijk gevestigd is in het eerstvermelde verdragsland). Echter, bij het komen tot deze – overigens toe te juichen – uitkomst heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke stappen moeten nemen (oorspronkelijke bedoeling artikel 10 lid 5, impliciete toegang van een inwoner van een derdeland tot verdragsvoordelen); een soortgelijke uitkomst in andere landen staat dan ook niet vast. De Orde acht het daarom wenselijk dat dit verbod tevens expliciet in belastingverdragen wordt vastgelegd, om niet-eenduidige toepassing van het verdrag in de vorm van heffing met betrekking tot extraterritoriale dividenden door verdragspartners te voorkomen.

4. Artikel 13: Vermogenswinsten

4.1 Niet-toegestane heffingen bronland

De Orde acht het wenselijk om in belastingverdragen expliciet vast te leggen dat het bronland geen heffingsrecht heeft met betrekking tot vermogenswinsten die worden behaald over de aandelen in een Nederlandse vennootschap, ongeacht of deze vennootschap bezittingen heeft in het andere verdragsland – anders dan wellicht daar gelegen onroerende zaken –, en ongeacht of de vervreemder in Nederland woont of is gevestigd. Dit heeft betrekking op de in de praktijk voorkomende, en naar de mening van de Orde onwenselijke, situaties waarin het bronland tracht te heffen indien:

- (a) een Nederlandse inwoner een Nederlandse vennootschap verkoopt met activa in het bronland. Hierbij is soms de heffing beperkt tot situaties waarin de vennootschap onroerend goed in het bronland bezit; of
- (b) een inwoner van een derdeland een Nederlandse vennootschap verkoopt met activa in het bronland. Formeel kan deze verkoper, als inwoner van een derdeland, geen beroep doen op het verdrag Nederland-bronland.

Indien en voor zover in belastingverdragen het recht om over vermogenswinsten te heffen wordt toebedeeld aan het vestigingsland van de belastingplichtige, acht de Orde het verder wenselijk om in die verdragen uitdrukkelijk vast te leggen dat het bronland geen heffingsrecht heeft indien een derde vermogenswinsten realiseert door verkoop van een vennootschap in het eerstvermelde land met bezittingen in het bronland. Aldus wordt zeker gesteld dat internationale dubbele belastingheffing daadwerkelijk wordt voorkomen.

4.2 Uitbreiding verbod extraterritoriale heffing tot vermogenswinsten

Zoals reeds is aangegeven in paragraaf 3.2 hierboven, is uit jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent het dividendartikel gebleken dat ook aandeelhouders van Nederlandse vennootschappen die in een derdeland woonachtig of gevestigd zijn, bescherming kunnen genieten van een belastingverdrag. De vraag of een soortgelijke uitleg ook geldt voor vermogenswinsten is, alhoewel voor de hand liggend, nog niet expliciet bevestigd. De Orde is van mening dat in het verdragsbeleid moet worden gestreefd naar een expliciete bevestiging dat aandeelhouders die woonachtig of gevestigd zijn in derdelanden, tevens bescherming kunnen genieten van het vermogenswinstartikel en derhalve niet worden belast door de verdragspartner over vermogenswinsten met betrekking tot hun aandelen indien er geen enkele band is met laatstvermeld land, anders dan bijvoorbeeld het op de oprichting van de vennootschap van toepassing zijnde recht. Deze situatie kan zich voordoen in het geval dat de vennootschap op grond van het verdrag in het ene land is gevestigd, maar volgens de nationale wetgeving van het andere land aan belasting onderworpen is op basis van een oprichtingscriterium. Bij wijze van voorbeeld: Nederland zou – los van de onwenselijkheid van artikel 17 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in zijn algemeenheid – niet mogen heffen over de vermogenswinsten van een inwoner van een derdeland behaald op de aandelen in een naar Nederlands recht opgerichte, of voorheen in Nederland gevestigde, vennootschap die voor toepassing van het desbetreffende verdrag in het andere verdragsland is gevestigd.

5. Artikel 15: Inkomen uit dienstbetrekking

5.1 Eenduidig begrip werkgever

In het werknemersartikel wordt de heffing over de beloning uit een dienstbetrekking toegewezen aan het woonland, tenzij - onder andere - de dienstbetrekking wordt uitgeoefend in het andere verdragsland (werkland) indien en voor zover de beloning is toe te rekenen aan de in het andere verdragsluitende land (werkland) uitgeoefende dienstbetrekking. Echter, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan blijft het heffingsrecht toegewezen aan het woonland (bij kortstondige werkzaamheden). Bij deze voorwaarden is de invulling van het begrip werkgever essentieel. Aangezien het begrip werkgever over het algemeen niet is gedefinieerd in de Nederlandse verdragen, wordt het begrip conform Nederlands nationaal recht uitgelegd. Op basis van Nederlandse jurisprudentie (de december 2006-arresten; Hoge Raad 1 december 2006, nrs. 38 850, 38 950, 39 535, 39 710 en 40 088, BNB 2007/75 tot en met 79) legt Nederland het begrip werkgever in verdragssituaties in principe materieel uit. Echter, het is mogelijk en wellicht zelfs beter verdedigbaar dat het andere verdragsland het begrip werkgever formeel uitlegt. Hierdoor kan in specifieke situaties dubbele (of geen) belastingheffing ontstaan.

Voor het Nederlandse bedrijfsleven is het bovenstaande onwenselijk, aangezien de kosten van een kortstondige tewerkstelling oplopen - bij dubbele heffing wordt over het algemeen de werknemer gecompenseerd voor de additionele belastingdruk (bijvoorbeeld de nettoloonafpraak, tax equalization of tax protection). Daarnaast leidt dit tot onwenselijke rechtsonzekerheid aangezien per werkland dient te worden beoordeeld hoe het begrip werkgever wordt uitgelegd. Daarom pleit de Orde ervoor dat Nederland in zijn verdragsbeleid streeft naar het expliciet invullen van het begrip werkgever. Meer in het bijzonder kan een eenduidige definitie worden gegeven van het begrip werkgever in nieuwe verdragen (bij aanpassing van bestaande verdragen). Op deze wijze wordt tussen de verdragsluitende staten eenduidigheid gecreëerd.

6. Artikel 16: Bestuurdersbeloningen

6.1 Eenduidig begrip bestuurders- en werknemerswerkzaamheden

In het licht van de ontwikkeling dat de Nederlandse fiscus steeds vaker een onderscheid maakt tussen bestuurderswerkzaamheden (redelijk beperkte beloning, toewijzing via artikel 16) en overige (werknemers-)werkzaamheden die volgens artikel 15 gaan, wordt kwalificatie van de beloningen steeds belangrijker. In het nieuwe verdrag met het Verenigd Koninkrijk is dat onderscheid zelfs al vastgelegd. De Orde pleit dan ook voor een duidelijke(re) kwalificatie van beloningen in verdragen.

7. Artikel 17: Artiesten en sporters

Tot nu toe volgt Nederland in het fiscale verdragsbeleid de aanbeveling van de OESO om artikel 17 voor artiesten en sporters in belastingverdragen op te nemen. Daarmee wordt de belastingheffing voor artiesten en sporters toegewezen aan het land waar het optreden of de sportbeoefening plaatsvindt.

Artikel 17 brengt een aanzienlijk risico van (gedeeltelijke) dubbele belastingheffing met zich mee, doordat de heffingsgrondslag in woon- en werkland sterk kan verschillen, de toedeling vanuit de totale gage naar de individuele artiesten en sporters vaak erg moeilijk is en er praktische problemen kunnen optreden bij het verkrijgen van belastingverrekening in het woonland. De Orde acht het wenselijk dat artikel 17 niet wordt opgenomen in nieuwe belastingverdragen. De vergoedingen voor artiesten en sporters zullen als gevolg hiervan onder artikel 7 of artikel 15 vallen. In de meeste gevallen zal dit resulteren in een exclusieve heffingsbevoegdheid voor het woonland, waardoor de hierboven geschetste problematiek grotendeels zal zijn verholpen. Het belang van Nederland als bronland bij het bestaan van artikel 17 is nagenoeg verdwenen, nu Nederland sinds 1 januari 2007 zelf géén gebruik meer maakt van zijn recht om belasting te heffen van artiesten en sporters uit de Nederlandse Antillen, Aruba en landen waarmee een belastingverdrag is gesloten.

8. Artikel 23: Vrijstellingsmethode (verrekening)

8.1 Verrekening bronheffing

Als gevolg van de werking van de tweede limiet komt het in de praktijk regelmatig voor dat bronheffing uiteindelijk onverrekenbaar blijkt te zijn. In de huidige situatie kunnen (binnenlandse) verliezen de credit definitief teniet doen indien in navolgende jaren geen of onvoldoende kwalificerende inkomsten worden genoten. Verwezen kan worden naar het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009, nr. 08/00315, LJN BH9191, waarin is geconcludeerd dat verrekening niet kan worden toegepast als er geen kwalificerende inkomsten worden genoten in een later jaar, omdat de buitenlandse grondslag niet wordt doorgeschoven.

De Orde pleit ervoor dat in het fiscale verdragsbeleid tot uitdrukking wordt gebracht dat de bronheffing die niet tot verrekening is gekomen vanwege grondslag- of belastingreductie als gevolg van andere negatieve inkomensbestanddelen dan die waarop de niet verrekende bronheffing betrekking heeft, alsnog tot verrekening komt in een jaar waarin daadwerkelijk belasting verschuldigd is (vergelijk ook de regeling omtrent vrijgestelde v.i.-winsten).

8.2 Driehoekssituaties

In gevallen waarbij rente- of royaltyinkomsten zijn toe te rekenen aan een vaste inrichting (hierna: v.i.), kan de situatie zich voordoen dat in drie landen belasting wordt geheven over deze betalingen (de zogenoemde driehoekssituaties; zie ook Hoge Raad 8 februari 2002, nr. 36 155, BNB 2002/184 en Hoge Raad 11 mei 2007, nr. 42 385, BNB 2007/230). Dit is het geval indien het bronland over deze rente- of royaltybetalingen bronbelasting heft en zowel het woonland als het v.i.-land belasting heffen over het rente- of royaltyinkomen. In de aangehaalde arresten van de Hoge Raad is naar voren gekomen dat Nederland als woonland in deze situaties geen dubbele voorkoming hoeft te verlenen. Indien echter het v.i.-land evenmin voorkoming verleent – en deze zal daar in veel gevallen ook niet toe gehouden zijn –, resulteert dit in dubbele heffing. In het Besluit van 21 januari 2004 (nr. IFZ2003/558M, BNB 2004/134), dat is genomen naar aanleiding van vragen die zijn opgekomen naar aanleiding van het arrest Saint Gobain van het Hof van Justitie EG (21 september 1999, zaak C-307/97), is aangegeven dat Nederland in de gevallen waarin het v.i.-land is, verrekening zal verlenen voor inkomsten uit een derdeland die toerekenbaar zijn aan de v.i. in Nederland. Naar aanleiding van het arrest Saint Gobain en het besluit van 21 januari 2004 vormt de geschetste driehoekssituatie in EU-situaties geen wezenlijk probleem meer, althans daar waar Nederland v.i.-land is.

N | O | B |

De Orde pleit ervoor dat het, naast deze eenzijdige toezegging van Nederland, onderdeel van het verdragsbeleid wordt om een v.i. in dezelfde mate gerechtigd te laten zijn tot de voordelen die voortvloeien uit verdragen ter voorkoming van dubbele belasting met derdelanden als een in het verdragsland gevestigde vennootschap, in ieder geval wat betreft de verrekening van bronbelasting. Deze maatregel zal een verbetering vormen van de belastingpositie van Nederlandse vennootschappen met een v.i. buiten de EU en kan daarmee ook een positieve uitwerking hebben op het vestigingsklimaat.

8.3 Omgekeerde driehoekssituaties

Naast deze driehoekssituaties zijn er ook de omgekeerde driehoekssituaties, waarbij er rente- of royaltybetalingen worden gedaan ten laste van een v.i. aan een inwoner van een derdeland. In dat geval is het mogelijk dat zowel het land waar de betaler is gevestigd als het v.i.-land bronbelasting heffen en daarnaast ook het woonland belasting heft over het inkomen. De Orde pleit ervoor dat het onderdeel wordt van het verdragsbeleid om te voorkomen dat in deze situaties door zowel het bronland als het v.i.-land bronbelasting wordt geheven. Dit kan worden bereikt door het beperken van bronheffing bij het bronland. De Orde is van mening dat Nederland als woonland, in de gevallen waarbij een dergelijke dubbele heffing van bronbelasting zich toch voordoet, voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen met betrekking tot zowel de bronbelasting geheven door het bronland als de bronbelasting geheven door het v.i.-land, zij het binnen de grenzen van de tweede limiet, ten gevolge waarvan de voorkoming effectief wordt begrensd tot de in Nederland verschuldigde belasting).

9. Werkingssfeer

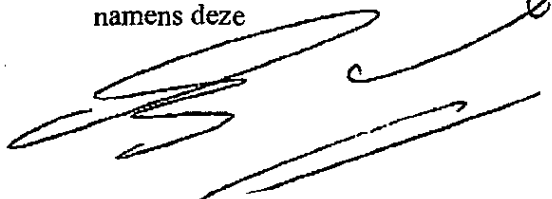
9.1 Overzeese gebieden

Nu Bonaire, Sint Eustatius en Saba per 10 oktober 2010 een Nederlands openbaar lichaam worden, ligt het in de rede dat de definitie van Nederland in de relevante verdragsbepaling wordt uitgebreid in die zin dat tevens de drie genoemde eilandgebieden daaronder worden begrepen, zodat het Nederlandse bilaterale verdragsnetwerk - in elk geval voor nieuw te sluiten verdragen - ook van toepassing wordt op deze drie eilandgebieden. Daarnaast suggereert de Orde bestaande verdragen te heronderhandelen opdat ook voor bestaande bilaterale belastingverdragen deze uitbreiding zo snel mogelijk wordt gerealiseerd.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

D&I

- ☒ s.v.p. inboeken en een IFZ nummer geven
- ☐ s.v.p. overdragen aan.....
- ☐ s.v.p. inboeken en een.....nummer geven
- ☐ s.v.p. archiveren
- ☐ retour, is uitgeleend

Alvast dank.

Met vriendelijke groet,

Secretariaat IFZ
Kamer KVB3.66

Ministerie van Financiën
1F2/09/718
Ontv. 2-10-09
Uiterl. afdoening
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

NVB

Nederlandse
Vereniging van Banken

Singel 236
Postbus 3543
1001 AH Amsterdam

www.nvb.nl

De heer Mr. E.A. Visser
Postbus 20201
2500 EE 'S-GRAVENHAGE

f
Adviseur : ...aken

Datum: 30 september 2009
Referentie: BR1009

Betreft: Nederlands internationaal fiscaal (verdrags)beleid

@nvb.nl

Geachte heer Visser,

In uw brief van 31 augustus 2009 aan onze voorzitter vraagt u de Nederlandse Vereniging van Banken om commentaar op de uitgangspunten van het Nederlands verdragsbeleid. De NVB is blij met de geboden gelegenheid en wil graag op een aantal algemene aspecten van het verdragsbeleid haar commentaar geven. Dit commentaar staat los van eventuele problematiek die een aantal van onze leden met een aantal individuele verdragen hebben.

In principe ervaren de Nederlandse financiële instellingen de dekking van het verdragen netwerk als goed. Er zijn geen hiaten in het netwerk die urgent opgevuld zouden moeten worden, uiteraard zijn er een aantal verdragen die in aanmerking komen voor modernisering. Aan deze verdragen wordt, naar we begrijpen, door Financiën gewerkt.

Er zijn een aantal gebieden waar de doelstelling om dubbele belasting te voorkomen regelmatig niet wordt gehaald.

Bronbelasting

Op het gebied van bronbelasting zien we dat bronbelasting op rente en dividend nog steeds regelmatig voorkomt. De belasting wordt geheven over bruto betalingen, terwijl de belasting in Nederland slechts over de netto marge te verrekenen is. Dit leidt in de praktijk veelvuldig tot effectief dubbele belasting. Voor de bancaire sector zou het streven op het gebied van bronbelasting nog sterker gericht moeten worden op het afschaffen. Indien dit niet praktisch haalbaar is zou het wenselijk zijn om de buitenlandse bronbelasting te beperken over de netto opbrengst van de ontvanger. Hierbij zou dus een toerekening van financieringslasten aan de bronstaat een goede manier zijn om de dubbele belasting te beperken.

Verrekenprijzen problematiek

Te vaak worden banken geconfronteerd met economische dubbele belasting doordat kosten die zij maken in hun normale bedrijfsvoering niet worden geaccepteerd als aftrekbare kosten bij de aandeelhouder of het hoofdhuis en evenmin bij de deelneming of de vaste inrichting.

- **Rente kosten**
De problematiek doet zich regelmatig voor op het gebied van de financiering van acquisities waarbij noch de inwonerstaat van de kopende vennootschap noch die van de gekochte vennootschap de financieringslasten in aftrek willen toelaten. In de praktijk betekent dit dat de opbrengst behaald met eigen vermogen van de moedervennootschap in twee landen aan belasting wordt onderworpen. De NVB is van mening dat dit een ongewenste situatie is en dat overheden in het kader van het verdragsbeleid zouden moeten werken aan een oplossing die vergelijkbaar is met de toerekening van vermogen aan vaste inrichtingen zoals neergelegd in de OECD-rapporten over branch taxation.
- **Overige kosten**
Ook voor wat betreft andere bedrijfskosten merken banken dat overheden steeds regelmatigere kosten die gemaakt zijn buiten de eigen landsgrenzen niet als aftrekbaar accepteren. In de afgelopen tien jaren heeft de IT-revolutie het mogelijk gemaakt dat ook administratie gecentraliseerd kan worden. Hierdoor bestaan steeds grotere delen van kosten die in aftrek worden gebracht uit ingekochte diensten. De discussies over aftrek leiden vaak tot compromissen dat bepaalde kosten niet aftrekbaar zijn, terwijl bij de ontvangende vennootschap deze bedragen wel zijn belast. Een oplossing van het probleem van dubbele belasting is het opnemen van een verplichte corresponderende correctie bij de belastingdienst van het andere land. Het probleem van dubbele belasting wordt dan weer een probleem van de verdragspartijen in plaats van de belastingbetalers.

Er zijn ook twee andere beleidsmatige zaken waar de NVB graag de aandacht op wil vestigen.

OECD- en UN-modelverdrag

Banken vangen signalen op dat steeds meer landen die niet zijn aangesloten bij de OECD zich richten op het UN-modelverdrag. De NVB is van mening dat het goed is dat Nederland in haar onderhandelingen ernaar streeft dat duidelijk is op basis van welk model verdragen worden afgesloten, waarbij verwijzing naar het commentaar op de verdragen een waardevolle bijdrage kan leveren aan de oplossing van geschillen tussen belastingbetaler en autoriteiten.

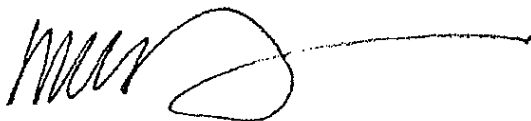
Tevens meent de NVB dat het wenselijk zou zijn als Financiën ook inspanningen zou verrichten om binnen VN-verband te komen tot eenduidige interpretatie en commentaar op artikelen.

Uitvoeringspraktijk

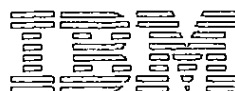
Zoals al hierboven vermeld ervaren de banken dat de dekking van het verdragenennetwerk in Nederland erg goed is. Banken ondervinden evenwel regelmatig problemen doordat verdragspartijen de gesloten verdragen niet naleven. Deze problemen kunnen vaak slechts worden opgelost met behulp van actief en sterk beleid van Financiën. De NVB is van mening dat door de krappe bezetting van Financiën het vaak niet mogelijk is dat Nederland namens haar inwoners naleving van een verdrag nastreeft. Het zou naar de mening van de NVB goed zijn als in het Nederlands verdragsbeleid deze controle-activiteit meer aandacht zou moeten krijgen en Financiën extra capaciteit zou kunnen toewijzen aan deze activiteit.

De NVB verzoekt u bovenstaande opmerkingen te verwerken in het nieuwe Nederlandse verdragsbeleid en is gaarne bereid desgewenst nadere toelichting te verstrekken.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

an
Adviseur Fiscale Zaken



IBM Nederland B.V.
Johan Huizingalaan 765
1066 VH Amsterdam
Postbus 9999, 1006 CE Amsterdam

Aan het Ministerie van Financiën
Directie Internationale Fiscale Zaken
mr. E.A. Visser
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Amsterdam, 11 november 2009

Mijne heren,
Naar aanleiding van de consultatie van de Staatssecretaris d.d. 31 augustus jl. over de
uitgangspunten van het Nederlandse internationale fiscale verdragsbeleid zouden wij de
navolgende onderwerpen onder uw aandacht willen brengen.

Ministerie van Financiën
IF 2 - 09 - 852
Onv. 17-11-09
Uitvl. afdoening 11-1-09
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

1. De praktijk bij toepassing van belastingverdragen

Toelichting

Wij hebben niet altijd positieve ervaring bij het verkrijgen van zekerheid bij de buitenlandse belastingdiensten over toepassing van het verdrag voor de vermindering van bronbelasting op bepaalde transacties. Het gaat daarbij met name om het toepassing van het verdrag met Italië en de facto gaat het om een beroep op het business profits artikel (versus het royalty artikel). Onder het voorbehoud gemaakt door Italië op het OESO commentaar, behoudt Italië zich het recht voor om betalingen (voor software) onder het royalty artikel per geval te beoordelen. De beoordeling van die verzoeken is traag en levert onzekerheid op.

Daarnaast hebben we ervaring met terugvraag verzoeken van onterecht ingehouden bronheffing waarbij het bronland nalaat een uitspraak te doen op een tijdig ingediend verzoek en (bewust) termijnen laat verlopen. Bij het verlopen van deze termijnen dient de Nederlandse belastingplichtige onder de lokale regels beroep en/of bezwaar aan te tekenen of een juridische procedure te starten. In de praktijk houdt dit in dat er bij het indienen van een dergelijk verzoek een lokale adviseur of vertegenwoordiger moet worden ingeschakeld. Daarmee kan voorkomen worden dat er geen fatale termijnen verstijken. Het inschakelen van lokale adviseurs kan in veel gevallen inhouden dat de kosten van een procedure al snel niet meer opwegen tegen het bedrag van de (mogelijk succesvolle) terugvraag.

Overigens in een aantal landen vermindert de periode dat de buitenlandse belastingdienst de claim onderzoekt en in behandeling heeft, niet de termijn van meestal drie jaren om het verzoek voor teruggaaf of vermindering in te dienen.

In ons geval betrof dit met name met name situaties met Griekenland en Portugal.

Ook komt het voor dat het bronland een verzoek dat ingediend is bij de instantie genoemd in het betreffende belastingverdrag afwijst, of niet op reageert ondanks verzoeken. De reden van deze reactie blijkt vaak te zijn gelegen in een wijziging van de competente instantie (soms kantoor) zonder bekendmaking of wijziging van de terugvraag formulieren.

Met andere woorden, het verzoek wordt aangenomen zonder commentaar, met de belofte het verzoek te behandelen, en vervolgens wordt er niet op gereageert. Dit komt met name in Griekenland veelvuldig voor.



Voorstel

Voor het bedrijfsleven is niet alleen van belang dat de belastingverdragen gunstige bepaling over de toewijzing van heffingsrechten bevatten, maar ook dat het verkrijgen van daadwerkelijke toepassing van een verdragsbepaling niet al te moeizaam is en binnen een redelijk tijdsbestek kan worden gerealiseerd. Daarom stellen wij voor dat in verdragen een inspanningsverplichting wordt opgenomen voor de staten tot snelle afwikkeling van verzoeken en terugvraagverzoeken. Ook zou er informatie aan de belastingplichtige over het verloop van het verzoek moeten worden verstrekt, zoals ontvangstbevestiging en de ontvankelijkheid van verzoeken (Portugal).

In de uitvoeringsregeling dient de competente autoriteit aangewezen te worden en wijziging hierin dienen via de normale weg te worden bekendgemaakt aan het andere land zodat dat andere land de belastingplichtige kan informeren via een algemene publicatie. Tevens zou kunnen worden bepaald dat op verzoeken van belastingplichtigen gericht tot de bronstaat en strekkend tot een beroep op een vrijstelling of reductie van bronbelasting wordt beslist binnen een termijn van 6 maanden na indiening van het verzoek. Daarbij moet een (bewuste) termijnoverschrijding door de instantie in het bronland, nooit kunnen leiden tot een afwijzing van het verzoek.

2. Treaty-override

Toelichting

Situaties van treaty override komen steeds meer voor. Zo heeft de Indiase regering recentelijk een wetsvoorstel gelanceerd dat in zijn huidige vorm gaat betekenen dat alle bestaande verdragen met India, en dus ook het Nederlandse verdrag, aan treaty override onderhevig zouden zijn.

Voorstel

Nederland moet het huidige standpunt dat treaty override niet acceptabel is, onverkort voortzetten.

3. Nadere vereisten aan woonplaatsverklaringen

Toelichting

Nederland zou de vereisten moeten aankaarten, welke door sommige verdragspartners worden gesteld aan woonplaatsverklaringen. Terwijl voor de meeste landen een stempel van de inspecteur voldoende is, eisen onder meer Turkije en sommige landen in Oost-Europa dat alle documenten van apostille en meerdere handtekeningen moeten zijn voorzien, bijv. van het MvF, BuZa en het consulaat.

Voorstel

Nederland zou derhalve moeten bedingen dat een stempel van de inspecteur voldoende is, zonder nadere formele of administratieve handelingen (legalisaties, e.d.).

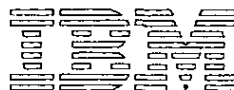
4. Credit regeling

Toelichting

Een vermindering van bronbelasting aan de bron is zeer belangrijk. Omdat als gevolg van de werking van de 2^e limiet het in de praktijk regelmatig voorkomt dat buitenlandse bronheffing uiteindelijk niet onverrekenbaar is.

Voorstel

a) Minimaal dient in de Eenzijdige Regeling resp. de verdragen de bronheffing welke niet tot verrekening is gekomen vanwege grondslag- of belastingreductie als gevolg van andere negatieve inkomstenbestanddelen als die waarop de niet verrekenende bronheffing betrekking



heeft, alsnog tot verrekening te komen in een jaar waarin daadwerkelijk belasting verschuldigd is (vergelijk ook de regeling omtrent vrijgestelde v.i. winsten); In de huidige situatie kunnen (binnenlandse) verliezen de credit definitief teniet doen indien in navolgende jaren geen of onvoldoende soortgelijke kwalificerende inkomsten worden genoten. Verwezen kan worden naar een arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009, nr 08/00315, LJN BH9191.

b) Tweede limiet afschaffen of alleen op basis van direct toerekenbare kosten.

5. Beneficial ownership/substance

Beleid zou moeten zijn om in verdragsonderhandelingen overeenstemming te bereiken over de invulling dan wel inhoud en definitie van belangrijke termen als beneficial ownership en inwonerschap. 'substance'.

6. Vestigingsplaats

Het zou beleidsinzet moeten zijn dat ernaar wordt gestreefd om een heldere tie breaker rule overeen te komen. Oplossingen als in het nieuwe Verenigd Koninkrijk en Mexico verdrag zijn minder bruikbaar en kunnen leiden tot onzekerheid.

7. Most Favoured Nation

Het opnemen van een most favoured nation-bepaling zorgt ervoor dat een Nederlandse voorsprong niet vervalt tot een achterstand, indien een ander land een beter belastingverdrag met een bepaald verdragsland weet te bewerkstelligen dan Nederland. Gesteund wordt dan ook het streven van Nederland om een dergelijke bepaling in verdragen op te nemen. Dergelijke most favoured nation-bepalingen zullen in de regel beperkt blijven tot (bron)heffings-percentages voor dividenden, rente en royalty's. Meer maatwerkbepalingen zoals limitations on benefits lenen zich hier niet altijd toe, maar uitzonderingen zijn zeer wel denkbaar. Nederland zou, daar waar mogelijk, erop moeten toezien dat Nederlandse belastingplichtigen niet in een ongunstiger positie (komen te) verkeren ten aanzien van de toepassing van limitation of benefits-achtige bepalingen.

Als voorbeeld kan hier verwezen worden naar de nog niet afgeronde verdragsonderhandelingen met Japan, waarbij er –naast het positieve algemene uitgangspunt van het verlagen naar nul van bronheffing op dividenden- mogelijk een Limitation on Benefits clause kan worden overeengekomen.

8. Invoering en ratificatie van verdragen

In toenemende mate is er een langer tijdsverloop waar te nemen tussen het sluiten van een verdrag en het ratificeren daarvan.

Recente voorbeelden zijn: de verdragen met het Verenigd Koninkrijk en Saoedië Arabië. Daar waar de vertraging in de ratificatie en daarmee de inwerkingtreding van deze verdragen door Nederland wordt veroorzaakt, zet Nederland zichzelf op achterstand ten opzichte van landen die verdragen wel vlot ratificeren en in werking laten treden. Een tijdswinst zou vooral geboekt kunnen worden door wetsvoorstellen tot ratificatie sneller bij het parlement aan te bieden.

Ik verzoek u vriendelijk de bovengenoemde zaken in uw onderhandelingen mee te nemen. Mocht u aanvullende informatie nodig hebben, of specifieke vragen hebben, verzoek ik u contact met mij op te nemen.

Met vriendelijke groet,



Tax manager IBM
E-mail: ibm@ibm.nl

IBM



Universiteit Leiden

Faculteit der
Rechtsgeleerdheid

28 september 2009

Mr. E.A. Visser
directeur International Fiscale Zaken
Ministerie van Financiën
postbus 20201
2500 EE Den Haag

Geachte heer Visser,

Wij ontvingen uw brief van 31 augustus j.l. inzake 'Uitgangspunten van het Nederlandse international fiscale (verdrags)beleid'. In deze brief vraagt u ons aandachtspunten onder uw aandacht te brengen die meegewogen kunnen worden bij het formuleren van een nota die u in het voorjaar van 2010 over dit onderwerp aan de Tweede Kamer wilt aanbieden.

Onderstaand zenden wij u een reeks aandachtspunten. Mocht u over een of meerdere van deze punten met ons van gedachten willen wisselen, dan zijn wij daartoe vanzelfsprekend bereid.

met vriendelijke groet,

mede namens

* en
n *

Ministerie van Financiën
IF2 09 / 705
Ontv. 29-9-2009
Uiterl. afdoening
Dossiernummer
Trefwoord/DSP code
Paraaf voor archiveren

- * beiden tevens verbonden aan PwC Belastingadviseurs
- ** tevens verbonden aan Loyens & Loeff



1. Betekenis van het Commentaar op het OESO-modelverdrag

In art. I, eerste lid, van het Protocol bij het op 28 november 2006 tussen Nederland en Barbados gesloten belastingverdrag is uitdrukkelijk bepaald dat de bepalingen van het verdrag die in wezen gelijk zijn aan de bepalingen van het OESO-modelverdrag, in overeenstemming met het OESO-Commentaar op die bepalingen moeten worden uitgelegd en toegepast. Niet eerder is door Nederland een dergelijke bepaling overeengekomen. Nu deze bepaling kennelijk op verzoek van Nederland in het protocol is opgenomen, rijst het vermoeden dat het Nederlandse verdragsbeleid in die zin is gewijzigd, dat in relatie tot niet-OESO-lidstaten wordt gestreefd naar een specifieke (protocol)bepaling die buiten twijfel stelt dat voor zover verdragsbepalingen zijn ontleend aan het OESO-modelverdrag, het Commentaar daarop moet worden gevolgd bij de interpretatie en toepassing van die bepalingen.

Niet geheel duidelijk is of op grond van vorenbedoelde protocolbepaling, de bepalingen van het belastingverdrag met Barbados die zijn ontleend aan het OESO-modelverdrag moeten worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de versie van het Commentaar die geldt ten tijde van het sluiten van het verdrag, dan wel de versie die geldt ten tijde van de toepassing van het verdrag. In het laatste geval doet zich mogelijk een discrepantie voor tussen belastingverdragen met en zonder een dergelijke (protocol)bepaling, aangezien (wezenlijke) wijzigingen in het Commentaar op het OESO-modelverdrag blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad niet zonder meer doorwerken naar bestaande verdragen. Teneinde in de toekomst onzekerheid op dit voor de rechtspraak belangrijke punt zoveel mogelijk te voorkomen, zou kunnen worden overwogen om voortaan ook in de onderhandelingen met OESO-lidstaten een specifieke (protocol)bepaling voor te stellen, waarin buiten twijfel wordt gesteld dat de bepalingen van het verdrag die zijn ontleend aan het OESO-modelverdrag moeten worden uitgelegd en toegepast overeenkomstig de – ten tijde van die toepassing – *laatste versie* van het Commentaar op die bepalingen. Nu ook andere landen zoals België, Duitsland, Oostenrijk, Spanje en de Verenigde Staten steeds vaker een dergelijke (protocol)bepaling overeenkomen, zou tevens kunnen worden overwogen om in OESO-verband te onderzoeken in hoeverre het mogelijk zou zijn hiervoor een modelbepaling te ontwerpen, die vervolgens in het OESO-modelverdrag of het Commentaar kan worden opgenomen.

2. Hybride entiteiten

Nederland heeft in par. 27.1 van het Commentaar op art. 1 van het OESO-modelverdrag alsmede in par. 80 van het Commentaar op art. 23A en 23B van het OESO-modelverdrag een voorbehoud gemaakt bij de onderdelen van het Commentaar die zijn ontleend aan het in 1999 door de OESO gepubliceerde rapport *Application of the Model Tax Convention to Partnerships*. Dit voorbehoud houdt in dat Nederland de in de betreffende onderdelen van het Commentaar beschreven toepassing van belastingverdragen op hybride entiteiten alleen dan volgt, indien in het verdrag een daartoe strekkende bepaling is opgenomen, dan wel in het kader van een overlegprocedure met de bevoegde autoriteit van de andere verdragsluitende staat aldus is overeengekomen, dan wel op grond van het Nederlandse uitvoeringsbeleid.

In het kader van een schriftelijk overleg met de vaste commissie voor Financiën van de Eerste Kamer inzake het op 8 maart 2004 tot stand gekomen protocol tot wijziging van het in 1992 gesloten belastingverdrag met de Verenigde Staten, heeft de staatssecretaris van Financiën de betekenis van het Nederlandse voorbehoud als volgt gepreciseerd (Kamerstukken I 2004-2005, 29 632, C, blz. 9):



“Volledigheidshalve merk ik nog op dat het voorbehoud dat Nederland heeft gemaakt bij het hiervoor genoemde OESO-rapport niet zag op de daarin opgenomen conclusies. Het voorbehoud van Nederland had als achtergrond dat (wezenlijke) wijzigingen in het OESO-commentaar die plaatsvinden nadat een bilateraal belastingverdrag is overeengekomen, volgens jurisprudentie van de Hoge Raad niet automatisch doorwerken voor de toepassing van een dergelijk (bestaand) verdrag.”

Deze nadere toelichting van regeringszijde roept de vraag op of het Nederlandse voorbehoud – anders dan de tekst ervan aangeeft – aldus moet worden verstaan, dat Nederland de onderdelen van het Commentaar die zijn ontleend aan eerdergenoemd rapport wel volgt voor zover het belastingverdragen betreft die zijn gesloten nadat deze onderdelen in 2000 in het Commentaar zijn opgenomen en in die verdragen niet een van het Commentaar afwijkende bepaling is opgenomen. Indien dit inderdaad het huidige Nederlandse standpunt is komt het ons voor dat, gezien het grote belang voor de rechtspraak, dit verduidelijkt dient te worden door een aanpassing van de tekst van het voorbehoud.

3. Lichamen met dubbele vestigingsplaats

In een toenemend aantal Nederlandse verdragen is een bepaling opgenomen waarin voor gevallen van dubbele vestigingsplaats van lichamen niet meer de feitelijke leiding doorslaggevend is maar een onderlingoverlegprocedure nodig is om te bepalen welke staat als vestigingsstaat voor de toepassing van het verdrag wordt aangemerkt (bijvoorbeeld art. 4, lid 3 van het verdrag NL-VK 2008). Onduidelijk is welke waarborgen zijn opgenomen om te bewerkstelligen dat een dergelijke overeenstemming in individuele (bona fide) gevallen binnen redelijke termijn zal worden bereikt. Ook brengt het ontbreken van eerbiedigende werking voor bestaande gevallen mee dat verdragsvoordelen van de ene dag op de andere wegvallen. Overwogen zou kunnen worden in toekomstige verdragen een dergelijke eerbiedigende werking op te nemen.

In de aanpassing van het OESO-commentaar in 2008 is een nieuwe uitlegging opgenomen van de tweede volzin van art. 4, eerste lid, van het OESO-modelverdrag. Deze uitlegging houdt in dat een in Nederland naar nationaal recht gevestigd lichaam dat voor de toepassing van enig verdrag geen (verdrags)inwoner van Nederland is, voor de toepassing van andere Nederlandse verdragen waarvan art. 4, eerste lid, de genoemde tweede volzin bevat, ook geen inwoner van Nederland meer is. Bij deze uitlegging kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst (zie artikel KvR in Bulletin 2009-05) en afgewacht moet worden of de (Nederlandse) rechter deze uitlegging zal volgen. Mede in aanmerking genomen het standpunt van de Nederlandse rechter dat wijzigingen van het OESO Commentaar die verder gaan dan een verduidelijking van eerder Commentaar, slechts betekenis hebben voor verdragen die tot stand zijn gekomen na die wijziging, rijst de vraag naar het standpunt dat Nederland inzake de toepassing van deze wijziging inneemt. Mag er in ieder geval van uit worden gegaan dat de wijziging geen betekenis heeft voor toepassing van verdragen waarin in art. 4 de bedoelde tweede volzin ontbreekt? Is Nederland van plan het op de uitlegging van de eerste volzin stoelende standpunt van de Hoge Raad in het zogenoemde drielandenpunt-arrest niet (meer) als beleidsuitgangspunt te hanteren?



4. Het begrip vaste inrichting

Een wijziging van het Commentaar op het OESO-modelverdrag heeft mogelijk ook gevolgen voor de betekenis van de nationale belastingwetgeving. In dit verband wijzen wij op de interpretatie van het in art. 5, eerste lid, van het OESO-modelverdrag opgenomen begrip vaste inrichting. Het Commentaar op deze bepaling is in 2003 ingrijpend gewijzigd, met als gevolg dat onder bepaalde omstandigheden eerder dan voorheen een vaste inrichting aanwezig moet worden geacht. Illustratief in dit verband is het in par. 4.5 van het Commentaar opgenomen voorbeeld van de schilder. De vraag die zich voordoet is of deze wijzigingen van het Commentaar ook doorwerken naar het begrip vaste inrichting zoals dat is opgenomen in de inkomstenbelasting, de loonbelasting en de vennootschapsbelasting. Teneinde rechtsonzekerheid op dit punt te voorkomen, zou kunnen worden overwogen om in de nieuwe nota internationaal verdragsbeleid tevens aandacht te besteden aan de interactie tussen het Nederlandse belastingrecht en de begripsvorming in OESO-verband, voor zover in het nationale belastingrecht begrippen worden gehanteerd die daarin niet nader zijn uitgewerkt doch wel in het OESO-modelverdrag een verdere uitwerking hebben gekregen.

5. Toerekening van winst aan een vaste inrichting

Een voorbeeld van een wezenlijke wijziging van het Commentaar die mogelijk tot rechtsonzekerheid leidt met betrekking tot de toepassing van belastingverdragen die vóór die wijziging zijn gesloten, is de aanpassing in 2008 van het Commentaar op art. 7 van het OESO-modelverdrag naar aanleiding van het rapport *The attribution of profits to permanent establishments*. Op grond van par. 46 van het gewijzigde Commentaar op art. 7, in verbinding met onderdeel D-2(v)(b) van genoemd rapport, is het onder omstandigheden in overeenstemming met de zogenoemde *authorised OECD approach* om het aan een vaste inrichting toe te rekenen vreemd vermogen te bepalen aan de hand van de zogenoemde *thin capitalisation approach*. Daarentegen lijkt de Hoge Raad deze kapitalisatiemethode in zijn arrest van 7 mei 1997, BNB 1997/263 te hebben afgewezen.

In zijn algemeenheid zou de rechtspraktijk erbij gebaat zijn indien de staatssecretaris van Financiën in geval van een (wezenlijke) wijziging van het Commentaar zou aangeven of en, zo ja, in hoeverre een dergelijke wijziging in strijd is met de jurisprudentie van de Hoge Raad, en of hij van mening is dat in zoverre een dergelijke wijziging bij de toepassing van bestaande belastingverdragen al dan niet buiten toepassing moet blijven.

6. Meestbegunstiging

Een aantal door Nederland afgesloten verdragen bevatten een meestbegunstigingsclausule. Sommige van deze clausules voorzien erin dat als de andere staat in een verdrag met een derde staat een (toewijzings)bepaling overeenkomt die gunstiger is dan de overeenkomstige bepaling in het verdrag met Nederland, de bepaling in het verdrag met de derde staat automatisch in de plaats treedt van de (minder gunstige) bepaling in het verdrag met Nederland. Andere meestbegunstigingsclausules schrijven voor dat in geval het andere land een gunstigere regeling overeenkomt met een derde staat, het met Nederland onderhandelingen zal beginnen om te bezien of een overeenkomstige regeling ook in het verdrag met Nederland kan worden opgenomen.



De indruk bestaat dat aan de laatste soort clausules niet systematisch invulling wordt gegeven. Te overwegen valt dat wel te doen en dit transparant te maken via een periodiek te publiceren overzicht van de ontwikkelingen terzake van de Nederlandse verdragen die een dergelijke clausule bevatten.

7. Voortwenteling bij verrekeningsmethode

De voortwenteling van niet-verrekenende buitenlandse (bron)belasting (art. 37 Bvdb 2001) leidt er in de praktijk in veel gevallen toe dat de betaalde bronbelasting niet kan worden verrekend. Dit vindt zijn oorzaak in de gehanteerde techniek, waarbij slechts de buitenlandse belasting kan worden voortgewenteld, en niet de achterliggende buitenlandse inkomsten. Vooral in gevallen waarin de verrekening niet kan plaatsvinden vanwege een generale verliespositie van de belastingplichtige, leidt dat tot onbillijke resultaten. Een cijfervoorbeeld kan dit illustreren: BV X geniet 100 buitenlandse royalty's in jaar 1, waarop 10 buitenlandse bronbelasting drukt. Tegenover het royalty-inkomen staat een toerekenbare rentelast van 60. Het verdrag NL-X voorziet in een verrekening van de buitenlandse belasting. In beginsel is deze buitenlandse belasting ad 10 volledig verrekenbaar; de tweede limiet bedraagt immers 25,5% van het netto royalty-inkomen ad 40 ($100 - 60 = 40$), $40 \times 0,255 = 10,1$. Wanneer echter als gevolg van negatief overig inkomen van BV X het belastbare bedrag negatief is, kan geen verrekening plaatsvinden en wordt de niet-verrekenende buitenlandse belasting voortgewenteld (art. 37 Bvdb 2001). Wanneer in jaar 2 het belastbare bedrag weer positief is, en overigens de positie van de belastingplichtige met betrekking tot de royalty's niet is gewijzigd, zal deze voortwenteling nagenoeg vergeefs zijn. Omdat namelijk in de huidige regels de tweede limiet slechts de netto royalty's uit jaar 2 bevat, bedraagt de verrekeningsruimte 10,1, en deze ruimte is nagenoeg geheel nodig voor de jaar 2-bronbelasting ad 10. Van de voortgewentelde jaar 1-bronbelasting (10) kan zo slechts 0,1 worden verrekend.

De ratio van de tweede limiet – te voorkomen dat Nederland een verrekening verleent tot een hoger bedrag dan de Nederlandse belasting toerekenbaar aan het buitenlandse inkomen – rechtvaardigt dit voor belastingplichtigen ongunstige gevolg niet. De netto royalty (40) is in jaar 1 immers begrepen geweest in de grondslag van de belastingheffing en heeft aldus het verrekenbare generale verlies verminderd. Het illusoir worden van de verrekening vindt uitsluitend zijn oorzaak in de toevallige omstandigheid van het overig (Nederlands) verlies.

Overwogen zou kunnen worden om in dergelijke gevallen voortwenteling ook toe te staan voor het achterliggende buitenlandse inkomen in de teller van de breuk van de tweede limiet.

8. Termijnen overbrenging buitenlandse winst, buitenlands verlies en buitenlandse belasting

Tot enige jaren geleden was er een samenhang tussen de voorwaartse verliescompensatietermijn in de Wet op de Vennootschapsbelasting en de termijnen voor de overbrenging naar andere jaren van buitenlandse winst (doorschuifregeling, art 34 Bvdb 2001), buitenlands verlies (inhaalregeling, art. 35 Bvdb 2001) en buitenlandse belasting (voortwentelingsregeling, art. 37 Bvdb 2001). De wijziging van de termijn voor voorwaartse verliescompensatie in de Wet Vpb 1969 in 2007 is echter niet gevolgd in het Bvdb 2001. Het ontbreken van een aansluiting in dit opzicht kan leiden tot onevenwichtigheden (zie Bender, De Vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationaal dubbele belasting, Kluwer, 2000, onderdeel 10.4.2). De vraag rijst of dit een bewuste beleidswijziging is.



Een tweede punt in dit verband betreft het ontbreken van een achterwaartse overbrenging naar andere jaren van buitenlandse winst, buitenlands verlies en buitenlandse belasting. In de vennootschapsbelasting is achterwaartse verliescompensatie mogelijk. In de voorkomingsregels is dat tot dusver niet het geval geweest. Vanwege de gesignaleerde onevenwichtigheid zou kunnen worden overwogen om ook achterwaartse overbrenging van buitenlandse winst, buitenlands verlies een buitenlandse belasting te introduceren.

9. Arbitrage

Nederland heeft met een relatief groot aantal landen verdragen gesloten waarin een arbitragebepaling is opgenomen. Slechts bij een zeer klein aantal verdragen is evenwel voorzien in de implementatie van deze bepaling. Bij ontbreken van een dergelijke implementatie is de arbitragebepaling slechts een wassen neus. Hoe moet de bestaande situatie worden verklaard, en hoe stelt Nederland zich voor daarin verbetering te brengen?

10. Treaty override

Een toenemend aantal landen laat zich in met treaty override. Omdat stille diplomatie niet veel lijkt uit te halen, is wellicht te overwegen staten die op dit punt erg ver gaan, erop te wijzen dat in geval van een dergelijke schending van het internationale recht (zie art. 26 VCLT) de benadeelde staat de schendende staat voor het Internationaal Gerechtshof kan dagen (mits de laatste staat de rechtsmacht van het Hof heeft erkend). Hoe staat Nederland tegenover de mogelijkheid daarvoor in aanmerking komende landen daarop te wijzen?

Indien een staat zich niet aan zijn verdragsverplichtingen houdt en als gevolg daarvan een inwoner van Nederland dubbel wordt belast, staat ingevolge de huidige jurisprudentie geen beroep op het Bvdb open. Te overwegen is door een wijziging van het Bvdb toepassing ervan in dergelijke gevallen mogelijk te maken.

11. Andere vormen van verdragsschending

Ook lijkt er in toenemende mate sprake te zijn van andere, niet op expliciet beleid rustende, vormen van treaty override. In de eerste plaats valt daarbij te denken aan landen, zoals Brazilië, die zich in de praktijk weinig gelegen laten liggen aan verdragsverplichtingen en veelal hun interne fiscale regelgeving onverkort toepassen. Pogingen van Nederlandse belastingplichtigen om in concrete gevallen deze landen ertoe te brengen de beperkingen in acht te nemen die zij op grond van hun verdrag met Nederland in aanmerking zouden moeten nemen, blijken uiterst tijdrovend te zijn en veelal uiteindelijk tevergeefs. Daarnaast zijn er landen, zoals Korea, die in gevallen waarin zij menen dat er sprake is van (verdrags)misbruik, niet alleen weigeren hun verdrag met Nederland toe te passen maar ook – tegen het uitdrukkelijke standpunt daarover van de OESO in – weigeren een onderling-overlegprocedure met Nederland te beginnen. Te overwegen valt binnen de OESO initiatieven te ontwikkelen dergelijke staten op een (grijze) lijst te zetten.